Der Irrtum über negative Tatumstände

Saarbrücken 1958

Hans Müller

Der Irrtum über negative Tatumstände

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Hans Müller

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern und meiner Frau zugeeignet.

Tag der Disputation: 23. Juli 1958

Dekan: Professor Dr. H. Timm.

Berichterstatter: Professor Dr. W. Maihofer,
Professor Dr. G. Kielwein.

Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis Seite I bis IX

A Dogmatische Grundfragen Seite 1

I Abgrenzung des Themas der Untersuchung 1

II Ausgangspunkt und Entstehungsursache der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen 2

III Die neue Aktualität der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen 3

1.) Die Entwicklung in der Irrtumslehre 4

2.) Die Rechtsprechung 6

3.) Die Erneuerung des Meinungsstreites um die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen 7

IV Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen 8

1.) Die Begründer der Lehre 8

2.) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen in ihrer heutigen Gestalt 11

a) Der Unrechtstatbestand als Folge der Irrtumslehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum (Auseinandersetzung mit der strengen Vorsatztheorie) 11

b) Der Unrechtstatbestand als Folge des normativen Schuldbegriffs (Auseinandersetzung mit der strengen Schuldtheorie) 14

c) Folgerungen aus dem Unrechtstatbestand 2o

d) Der Unrechtstatbestand und der gesetzliche Tatbestand des § 59 StGB 22

V Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand 24

1.) Die Bedeutung von Vorsatz und Irrtum 24

a) Die Kenntnis der Tatumstände 24

b) Der Irrtum als Negation des Vorsatzes 26

2.) Vorsatz und Irrtum bei normativen Tatumständen 27

3.) Die Probleme um Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand 31

a) Der Vorsatz bei negativen Tatumständen 31

b) Der Irrtum bei negativen Tatumständen 34

c) Normative Tatumstände im negativen Tatbestand 37

4.) Die Fälle des Verbotsirrtums 37

5.) Der "umgekehrte" Irrtum 4o

Seite

6.) Übersicht über die möglichen Irrtumsfälle 44

VI Die Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale von anderen Verbrechenselementen 47

1.) Die Abgrenzung im positiven Tatbestand 47

2.) Abgrenzungsfragen im negativen Tatbestand 47

3.) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit 48

4.) Prozeßvoraussetzungen 5o

5.) Subjektive Unrechtselemente 5o

a) Subjektive Unrechtselemente im positiven Tatbestand 5o

b) Subjektive Elemente im negativen Tatbestand (subjektive Merkmale d.Unrechtsausschlusses) 51

B Tatumstände und Tatbestandsirrtum bei einzelnen Unrechtsausschließungsgründen 54

VII Das System der Unrechtsausschließungsgründe 54

VIII Unrechtsausschließungsgründe, die auf dem Prinzip der Interessenpreisgabe beruhen 55

Die Einwilligung des Verletzten

IX Unrechtsausschließungsgründe, die auf dem Prinzip der Interessenwahrnehmung beruhen 61

1.) bis 4.) Unrechtsausschließungsgründe, die auf besonderen Handlungsrechten beruhen 61

1.) Das Handeln im Interesse des Verletzten 61

2.) Die Notwehr 65

3.) Der zivilrechtliche Notstand 73

4.) Die Wahrnehmung berechtigter Interessen 74

5.) und 6.) Unrechtsausschließungsgründe, die auf besonderen Handlungspflichten beruhen 85

5.) Das Handeln auf Grund rechtmäßigen Befehles 85

6.) Das Züchtigungsrecht 89

7.) Der übergesetzliche Nostand (Rechtsgüterkollission) 94

C Die Ergebnisse der Untersuchung 1o7

X Der Unrechtstatbestand 1o7

XI Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand 1o9

XII Elemente in Unrechtsausschließungsgründen, die nicht Tatbestandsmerkmale sind 111

1.) Prozeßvoraussetzungen und objektive Bedingungen der Strafbarkeit 111

2.) Subjektive Elemente des Unrechtsausschlusses — Seite 112

XIII Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei normativen Generalklauseln — 113

XIV Zusammenfassung des Ergebnisses in Leitsätzen — 116

Literaturverzeichnis

I Lehrbücher, Monographien, Kommentare und Festschriftbeiträge

1.) Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen 1913

2.) Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen 1925

3.) Beling, Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930

4.) Beling, Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906

5.) Binding, Handbuch des Strafrechts, Band I, Leipzig 1885

6.) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig Bd.II 1914 Bd.III 1918

7.) Blume, Tatbestandskomplemente, Breslau 1906

8.) Busch, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in Mezger-Festschrift S. 165, München und Berlin 1954

9.) Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn 1950

10.) Engisch, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in Mezger-Festschrift S.127, München und Berlin 1954

11.) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht Berlin 1930

12.) v.Frank, Das Strafgesetzbuch für Das Deutsche Reich, Tübingen 3.u.4.Aufl.1903 18.Aufl.1931

13.) v.Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Sonderabdruck aus der Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen Gießen 1907

14.) Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in Frank-Festgabe S. 317, Tübingen 1930

15.) v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Berlin
Bd.I 1925
Bd.II 1930

16.) Jellinek, Verwaltungsrecht, Offenburg
3.Aufl. 1948

17.) Kaufmann, Arthur, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1949

18.) Kantorowicz, Tat und Schuld, Zürich und Leipzig 1933

19.) Kitzinger, Juristische Aphorismen, Berlin 1923

20.) Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1. Teil, Berlin 1903

21.) Kohlrausch-Lange Strafgesetzbuch (Kommentar), 41.Auflage, Berlin 1956

22.) Land, System der äußeren Strafbarkeitsbedingungen, Breslau 1927

23.) Leipziger Kommentar, 1. Band, Berlin
6. Aufl. 1944
7. Aufl. 1954
8. Aufl. 1957
2. Band, 6.Aufl., Berlin 1951

24.) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin
4.Aufl. 1891
8.Aufl. 1897
15.Aufl. 1905

25.) Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, in Rittler-Festschrift S.141, Aalen 1957

26.) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil (I), Karlsruhe 1954
Besonderer Teil (II), 2.Auflage, Karlsruhe 1956

27.) Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889

28.) Mezger, Strafrecht (Lehrbuch), 3. Auflage, Berlin und München 1949

29.) Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlin und München 1950

30.) Mezger, Strafrecht (Studienbuch), Allgemeiner Teil (I), 7. Auflage, München u.Berlin 1957
Besonderer Teil (II), 5. Auflage, München u.Berlin 1956

31.) Miricka, Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig 1903

32.) Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951

33.) Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Frank-Festschrift I, S. 158, Tübingen 1930

34.) Rittler, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, 1. Bd., Allg. Teil, Wien 1954

35.) Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, in Frank-Festgabe II S.1, Tübingen 1930

36.) Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe, in Mezger-Festschrift S. 117, München u.Berlin 1954

37.) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch (Kommentar), München u.Berlin
4.Aufl. (Schönke) 1949
7.Auflage 1954
8.Auflage 1957

38.) Schwarz, Strafgesetzbuch (Kommentar), 20. Auflage München u.Berlin 1957

39.) Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Hamburg 1934

40.) v. Weber, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Bonn 1946

41.) v. Weber, Negative Tatbestandsmerkmale, in Mezger-Festschrift S. 183, München u. Berlin 1954

42.) Wegner, Über Irrtum, seine Behandlung in Strafrechtsprechung und Strafrechtslehre, in Festschrift für Raape S. 401, Hamburg 1948

43.) Weinberg, Der Verbotsirrtum, Bonn 1928

44.) Welzel, Um die finale Handlungs-Lehre, Tübingen 1949

45.) Welzel, Deutsches Strafrecht (Lehrbuch), Berlin
5. Auflage 1956
4. Auflage 1954
3. Auflage 1953

46.) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen 1951

47.) Zimmerl, Zur Lehre vom Tatbestand, Breslau 1928

II Aufsätze und Besprechungen

1.) Arndt, Gedanken zum Problem des Strafrechtsirrtums, NJW 49/291

2.) Arndt, Die strafrechtliche Wirkung des militärischen Befehls nach dem Entwurf des Wehrstrafgesetzes 1956, GA 57/46

3.) Bindokat, Kritisches zum Verbotsirrtum, JZ 53/71

4.) Bindokat, Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotsirrtum, JZ 53/748

5.) Bruns, Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtigungsrecht des Lehrers, JZ 57/410

6.) Buse,	Das Unrechtsbewußtsein im strafrechtlichen Schuldbegriff,	NJW 49/527
7.) Cüppers,	Gedanken zum Problem der Strafrechtsreform,	NJW 49/4
8.) Dreher,	Die vierte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission,	ZStW 67/428
9.) Dreher,	Die fünfte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission,	ZStW 67/572
1o.) Dreher,	Das neue Wehrstrafrecht,	JZ 57/393
11.) Engisch,	Besprechung von Arthur Kaufmanns "Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts",	JZ 52/35o
12.) Gallas,	Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen,	ZStW 67/1
13.) Hartung,	Irrtum über negative Tatumstände,	NJW 51/2o9
14.) Kaufmann Armin,	Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung,	JZ 55/37
15.) Kaufmann Arthur,	Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen,	JZ 54/653
16.) Kaufmann Arthur,	Rechtfertigungsgründe und Irrtum	JZ 56/353, 393
17.) Lange,	Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung,	JZ 53/9
18.) Lang-Hinrichsen,	Zur Problematik der Lehre von Tatbestands-u.Verbotsirrtum,	JR 52/184
19.) Lang-Hinrichsen	Tatbestandslehre und Verbotsirrtum,	JR 52/3o2, 356
2o.) Lang-Hinrichsen	Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes,	JZ 53/362

21.) Lang-Hinrichsen	Zur Frage des Unrechtsbewußtseins,	ZStW 63/332
22.) Mayer,	Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein d.Rechtswidrigkeit,	MDR 52/392
23.) Mezger,	Unrechtsbewußtsein im Strafrecht,	NJW 51/5oo
24.) Mezger,	Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre,	NJW 53/2
25.) Mezger,	Fiktion und Analogie beim sogenannten Verbotsirrtum,	NJW 51/869
26.) Mezger,	Die subjektiven Unrechtselemente,	GS 89/2o7
27.) Niese,	Die Vorsatzauffassung des OGH in Strafsachen,	SJZ 5o/31
28.) Niese,	Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung,	DRZ 52/21
29.) Niese,	Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe,	DRZ 53/2o
3o.) Nowakowski,	Rechtsfeindlichkeit, Schuld und Vorsatz,	ZStW 65/379
31.) Nowakowski	Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit,	ZStW 63/287
32.) Sauer,	Vorsatz, Irrtum, Rechtswidrigkeit,	ZStW 51/164
33.) Schaffstein,	Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen,	NJW 51/691
34.) Schaffstein,	Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre,	MDR 51/196
35.) Schmidt Eberhard,	Anmerkung zum Urteil des OLG Oldenburg v. 2o.6.195o,	SJZ 5o/838
36.) Schmidt Eberhard,	Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand,	ZStW 49/35o
37.) Schröder,	Vorsatz und Schuld,	MDR 5o/646

38.) Schröder,	Tatbestands- und Verbotsirrtum,	MDR 51/387
39.) Schröder,	Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH,	MDR 53/7o
4o.) Schröder,	Die Irrtumsrechtsprechung des BGH,	ZStW 65/178
41.) Schröder,	Rechtswidrigkeit und Irrtum bei Zueignungs- und Bereicherungsabsicht,	DRZ 56/69
42.) Schwarz,	Zweifelsfragen des Verbotsirrtums,	NJW 55/526
43.) Stratenwert,	Prinzipien d.Rechtfertigung,	ZStW 68/41
44.) Warda,	Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB,	JR 5o/546
45.) v. Weber,	Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund,	JZ 51/26o
46.) v. Weber,	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln auf Befehl,	MDR 48/34
47.) Welzel,	Nochmals der Verbotsirrtum,	NJW 51/577
48.) Welzel,	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.3.49,	MDR 49/373
49.) Welzel,	Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns,	SJZ 48/368
5o.) Welzel,	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.6.52 und zum Urteil des BGH vom 1.7.52,	JZ 52/596
51.) Welzel,	Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum),	JZ 54/277
52.) Welzel,	Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum,	MDR 52/584

53.) Welzel,	Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem,	ZStW 67/196
54.) Welzel,	Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund,	NJW 52/564
55.) Welzel,	Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde,	JZ 52/133
56.) Welzel,	Der Irrtum über d.Amtspflicht,	JZ 52/2o8
57.) Welzel,	Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung,	JZ 52/19
58.) Welzel,	Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik,	JZ 55/142
59.) Welzel,	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 18.3.1952	JZ 52/34o

III Abkürzungsverzeichnis der Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

1.) Neue Juristische Wochenschrift:	NJW Jahr/Seite
2.) Juristenzeitung:	JZ Jahr/Seite
3.) Monatsschrift für Deutsches Recht:	MDR Jahr/Seite
4.) Juristische Rundschau:	JR Jahr/Seite
5.) Deutsche Richterzeitung:	DRZ Jahr/Seite
6.) Goltdammers Archiv für Strafrecht:	GA Jahr/Seite
7.) Der Gerichtssaal:	GS Band/Seite
8.) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft:	ZStW Band/Seite
9.) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen:	RGSt Band/Seite
1o.) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen:	BGHSt Band/Seite
11.) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen:	BGHZ Band/Seite

12.) Höchstrichterliche Entscheidungen, Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Strafsachen	HRESt Band/Seite
13.) Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen	BayOLG Jahr/Seite (Bd.)
14.) Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen	OGHBr.Z.Band/Seite

A) Dogmatische Grundfragen

I Abgrenzung des Themas der Untersuchung

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen betrifft in erster Linie die Lehre vom Tatbestand, ihre Probleme liegen daher nur zum Teil in der Irrtumslehre. Gleichwohl sind die Probleme, die sie im Bereich des Irrtums aufwirft, von entscheidender Bedeutung für diese Theorie. Diese Probleme zu erörtern ist das Ziel der vorliegenden Arbeit. Die Probleme des Irrtums liegen der Natur der Sache nach bei den vorsätzlichen Straftaten. Für die Fahrlässigkeitstat sind Irrtumsfragen nur insofern erheblich, als bei dem Wegfall des Vorsatzes durch den Irrtum die Frage auftaucht, ob in dem Verhalten des Täters möglicherweise eine fahrlässige Tatbegehung zu sehen ist. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf die vorsätzliche Straftat, denn bei ihr taucht die Frage auf, welche Bedeutung ein Irrtum für den Vorsatz, für die Schuld oder für das Maß des Verschuldens hat.

Weiter soll versucht werden, aus den Folgerungen, zu denen die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen in der Irrtumslehre führt, darauf zu schließen, ob diese Theorie dogmatisch richtig und im praktischen Ergebnis gerecht ist.

Die durch die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen aufgeworfenen Irrtumsfragen lassen sich jedoch ohne eine Darstellung dieser Lehre, auch soweit sie die Lehre vom Tatbestand betrifft, nicht beantworten. Eine solche Darstellung ist den Erörterungen der Irrtumsprobleme daher vorangestellt. Sie behandelt d i e Probleme des Tatbestandes, die von grundlegender Bedeutung für d i e Fragen des Irrtums sind, welche die Voraussetzungen der Irrtumsuntersuchungen darstellen.

II Ausgangspunkt und Entstehungsursache der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ist entstanden aus der Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichts. Für das vorsätzliche Verschulden verlangte das Reichsgericht zunächst die Kenntnis der tatsächlichen Merkmale der Tatbestandsverwirklichung. Soweit die Tatmerkmale nicht rein tatsächlicher Art sondern Rechtsbegriffe sind, unterschied das Reichsgericht zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Begriffen. Für den Vorsatz wurde wohl die richtige Bewertung der außerstrafrechtlichen[1] nicht aber der strafrechtlichen Begriffe verlangt[2]. Ein Rechtsirrtum durch das Verkennen strafrechtlicher Begriffe galt dem Reichsgericht somit als unerheblich.

War so die Auslegung des § 59 StGB durch das Reichsgericht einschränkend durch das Ausklammern der Fälle des strafrechtlichen Irrtums auch über (normative) Elemente des gesetzlichen Tatbestandes, so mußte sie doch andererseits insofern als a u s d e h n e n d erscheinen, als sie auch dem Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Unrechtsausschließungsgrundes vorsatzausschließende Bedeutung beimaß. Ja, wenn man mit der klassischen Lehre an der Dreiteilung von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld festhielt, dann mußte man diese Rechtsprechung sogar als c o n t r a l e g e m ansehen[3], denn als gesetzlicher Tatbestand im Sinne von § 59 StGB wurde völlig übereinstimmend der Tatbestand des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches angesehen. Ein Irrtum auf dem Gebiete der Rechtfertigung konnte daher, auch wenn er sich auf tatsächliche Elemente bezog, nicht als Irrtum über die T a t b e s t a n d s verwirklichung angesehen werden, vielmehr hätte er als Rechtsirrtum und zwar in der Regel als Strafrechtsirrtum angesehen werden und für den

---

1) RGSt 42/137(139), vgl. auch RGSt 2/268(269), 2o/393(394), 53/80(85), 62/289(297).
2) "Unkenntnis des Strafgesetzes schützt nicht vor Strafe", vgl. hierzu BGHSt 2/194(197ff).
3) Vgl. hierzu Cüppers, NJW 49/5f.

Vorsatz unerheblich sein müssen[1].

Der Grund der Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichts lag darin, daß das Reichsgericht - wie die herrschende Lehre - es als mit einer gerechten Rechtspflege unvereinbar ansah, z.B. den wegen vorsätzlicher Tötung zu bestrafen, der, in dem Glauben rechtswidrig angegriffen zu sein, dem vermeintlichen Angreifer in Verteidigungsabsicht das Leben nahm[2]. Das erstrebte Ergebnis, hier nicht wegen vorsätzlicher Tötung zu bestrafen, ermangelte jedoch der dogmatisch einwandfreien Begründung, wenn man nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit mit Binding[3] in den Vorsatz aufnehmen wollte. V.Liszt meinte, es lasse sich dieses Ergebnis auch gar nicht begründen, der in Putativnotwehr Tötende sei mit Recht wegen vorsätzlicher Tötung strafbar. Ein Rechtsgefühl, das hiergegen protestiere, sei irregeleitet.

Dieser Ansicht trat die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen entgegen. Sie behauptete die Zugehörigkeit der Unrechtsausschließungsgründe zum Tatbestand und versuchte auf diese Weise den Vorsatzausschluß bei irrtümlicher Annahme eines rechtfertigenden Tatumstandes dogmatisch zu untermauern. Vor der Darstellung der Erwägungen der Begründer der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen soll jedoch kurz die Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung aufgezeigt werden, die der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen heute neue Aktualität verliehen hat.

III Die neue Aktualität der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Wie die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ihren Ausgangspunkt in einem Irrtumsproblem hatte, so ist auch

---

1) Weitere Ausführungen über die Rechtspr.d.RG zum Irrtum bei Rechtfertigungsgründen siehe Schönke,4.Aufl.zu § 59VI 2 u. BGHSt 2/194(197 ff), Leip.Komm I S.494, Niese, SJZ 5o/31 ff.

2) Wie es in der Irrtumsrechtsprechung überhaupt weitgehend vom Ergebnis her judizierte. Vgl. Welzel, NJW 52/564 f und BGHSt 2/194(2o3).

3) Normen III, S. 299 ff.

der in jüngster Zeit wiederaufgelebte Streit um diese Theorie auf die Entwicklung in der Irrtumslehre und Irrtumsrechtsprechung zurückzuführen.

1.) Die Entwicklung in der Irrtumslehre

Die Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichts war auf die nahezu einhellige Ablehnung der Lehre gestoßen[1], und auch die Praxis folgte ihr teilweise nicht[2]. So stand das Reichsgericht mit seiner Auffassung so einsam und verlassen da wie sonst in keiner wichtigen Frage[3]. An Stelle des Begriffspaares Tatirrtum-Rechtsirrtum, wie es das Reichsgericht entwickelt hatte, trat auf Grund der Entwicklung in der Lehre fast einhellig das neue Begriffspaar Tatbestandsirrtum-Verbotsirrtum[4]. Als Tatbestandsirrtum wird nunmehr jeder Irrtum über ein (auch normatives) "Tatbestandsmerkmal" angesehen, während der Verbotsirrtum sowohl den Irrtum über das "Unrechtsein" der Gesamttat (die materielle Rechtswidrigkeit) als auch den Irrtum über das "Verbotensein"[5] der Tat (die formelle Rechtswidrigkeit) umfaßt, denn Verbotsirrtum bedeutet: Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat[6]. Daß ein Irrtum über das Verbotensein, die Strafbarkeit der Tat unbeachtlich ist, ist fast völlig übereinstimmende Ansicht der Lehre[7]. Keine Einigkeit besteht jedoch über die Wirkung eines Irrtums über das "Unrecht" (die materielle Rechtswidrigkeit) der Tat. Hier bewegen sich die Lehrmeinungen zwischen der strengen Vorsatztheorie auf der einen und der strengen Schuldtheorie auf der anderen Seite.

---

1) Ausnahmen: z.B. Wegner in Festschrift für Raape, S.401 ff.; H.Mayer, MDR 52/393 f.
2) Vgl. Bay. OLG in GS 78/59 ff.
3) v.Hippel, Deutsches Strafrecht II S. 343.
4) Maßgeblich an dieser Grenzziehung beteiligt: Welzel, insbesondere in SJZ 48/368 ff.
5) Welzel aaO, und Lehrbuch S.138, 144, vgl. auch Mezger, Lehrbuch S. 330.
6) Welzel, SJZ 48/368 ff., Lehrbuch S. 138.
7) Jedenfalls soweit das Kriminalstrafrecht in Frage steht, auf das sich diese Untersuchung beschränkt. Vgl.Mezger, Lehrbuch S. 330 (mit Literaturhinw., insbes. Anm. 18).

Die strenge Vorsatztheorie[1] sieht im Bewußtsein der materiellen Rechtswidrigkeit ein Vorsatzerfordernis. Da der Verbotsirrtum (in der Form des Irrtums über das "Unrechtsein") das Unrechtsbewußtsein beseitigt, wird für die Anhänger der strengen Vorsatztheorie durch den Verbotsirrtum ebenso der Vorsatz ausgeschlossen wie nach § 59 StGB durch den Tatbestandsirrtum. Bei unentschuldbarem Tatbestands- oder Verbotsirrtum kann dann nur noch Fahrlässigkeitsbestrafung erfolgen, wenn das Gesetz die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe stellt.

Die Schuldtheorie[2] hingegen sieht im Unrechtsbewußtsein nicht ein Element des Vorsatzes sondern ein besonderes Schuldmerkmal. Ein das Unrechtsbewußtsein beseitigender Verbotsirrtum läßt deshalb den Vorsatz unberührt und betrifft nur den Schuldvorwurf. Das Unrechtsbewußtsein ist jedoch für die Schuldtheorie nur "potentiell"[3]. Es genügt zur Bejahung der Schuld die Feststellung, daß der Täter das Unrechtsbewußtsein h ä t t e e r l a n g e n k ö n n e n . Der Schuldausschluß soll infolgedessen nur dann eintreten, wenn das Unrechtsbewußtsein wegen u n v e r m e i d b a r e n Irrtums nicht vorhanden war, also nicht vorhanden sein k o n n t e. Bei einem vermeidbaren Irrtum, wenn der Täter also das Unrechtsbewußtsein hätte erlangen können, soll nach der Schuldtheorie eine Milderung der Strafe möglich sein, die Bestrafung aber wegen v o r s ä t z l i c h e r Tat erfolgen[4].

---

1) Vertreter der Vorsatztheorien: Binding, Normen III,S. 299 ff, Schröder, MDR 50/646, 51/387, 53/70, ZStW 65/178, Lang-Hinrichsen,JR 52/184,302,356, JZ 53/362, Mezger, Lehrbuch S. 331, NJW 51/500,53/2, Leip.Komm I S.503 ff, Schönke,Komm. 4.Aufl.,§ 59 VI, Sauer, ZStW 51/164. Vgl.hierzu die Gegenüberstellung bei Maurach I S.402 ff.

2) Z.B.: Graf zu Dohna, Verbrechenslehre,S.45 ff., v.Hippel, Dt.Strafrecht, II S.346 ff, v.Weber, Grundr. S. 123, Maurach I S. 410, Eb.Schmidt, SJZ 50/838 ff.,Welzel, SJZ 48/368 ff, Arndt, NJW 49/291 ff, Niese SJZ 50/31.

3) Welzel, Um die Finalität S.27, OLG Oldenburg in NJW 50/795. Allerdings b e w e i s t die Bezeichnung des Unrechtsbewußtseins als Potentialität nichts. Sie wiederholt nur die Behauptung, daß die Möglichkeit der Bildung des Unrechtsbewußtseins für die vorsätzliche Schuld genügt.

4) Die Strafmilderung soll nach Ansicht des Bay.OLG (MDR

2.) Die Rechtsprechung[1)]

Die Rechtsprechung hat zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie geschwankt [2)]. Von besonderer Bedeutung sind die Urteile des OLG Freiburg vom 9.2.1950 [3)], das sich zur Vorsatztheorie im Sinne Mezgers [4)] bekannte und des OLG Oldenburg vom 20.6.1950 [5)], das sich auf die Schuldtheorie stützte. In diesen Streit griff der Bundesgerichtshof mit seinem vielbeachteten Beschluß des großen Senats für Strafsachen vom 18.3.1952 [6)] ein und entschied sich nach Abwägung der Vorteile der Schuldtheorie und der Vorsatztheorie für die Schuldtheorie. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes führt nur die Schuldtheorie zur allseitig sachgemäßen Anwendung der aus dem Wesen der Schuld sich zwingend ergebenden Rechtssätze, "daß die wissentliche und willentliche Verwirklichung der tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Tat dem Täter zur Schuld zuzurechnen ist, wenn er das Unrecht dieser Tatbestandsverwirklichung kannte oder bei der ihm zumutbaren Anspannung des Gewissens hätte kennen können und sich trotzdem in Freiheit zu ihr entschloß, und daß der Verbotsirrtum, wenn er unüberwindlich ist, die Schuld ausschließt, wenn er überwindlich ist, sie mindert, aber den Tatvorsatz nicht beseitigt" [7)]. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes ist der Mensch "weil er auf freie sittliche Selbstbestimmung angelegt ist, auch jederzeit in die verantwortliche Entscheidung gerufen, sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft rechtmäßig zu verhalten und das Unrecht zu vermeiden".[8)] Dieser Pflicht - so führt der Bundesgerichtshof aus - genügt er aber nicht, wenn er nur

---

57/434) in der Mindeststrafe für die fahrlässige Begehensweise ihre Grenze haben (vgl.auch Welzel,NJW 51/578, MDR 49/376).

1) Vgl. OLG Frankfurt/M in SJZ 47/621, OLG Oldenburg in MDR 5o/69o, OLG Hamm in NJW 51/815, OLG Stuttgart in MDR 51/756, OLG Braunschweig in NJW 51/811.
2) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein S. 2o2.
3) JZ 51/85 mit Anmerkung von v.Weber.
4) Moderne Wege S. 42.
5) NJW 5o/795 = SJZ 5o/834 (mit Anm.v.Eb.Schmidt) = MDR 5o/69o (mit Anm.von v.Weber).
6) BGHSt 2/194.
7) BGHSt 2/194 (2o9).
8) aaO.

solche Handlungen vermeidet, deren Unrechtscharakter ihm bekannt ist, vielmehr hat er sich bei jedem Verhalten bewußt zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens im Einklang steht.

3.) Die Erneuerung des Meinungsstreites um die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.

Für die Vorsatztheorie ist die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum lediglich von theoretischem Interesse, da die praktische Folge: Vorsatzausschluß bei ihr für beide Irrtumsarten gleich ist, denn sie stellt nicht auf den Gegenstand des Irrtums sondern auf seine Folge ab [1], nämlich den Wegfall des Unrechtsbewußtseins bei beiden Irrtumsarten.

Für die Schuldtheorie ist die Unterscheidung auch für das praktische Ergebnis von ausschlaggebender Bedeutung, weil sie die beiden Irrtumsarten verschieden behandelt. Um die Abgrenzung vornehmen zu können, ist eine genaue Abgrenzung des Tatbestandes in seinen Elementen notwendig. Im Gange der Untersuchungen über den Tatbestand als Gegenstand des Tatbestandsirrtums ist Welzel für eine starke Einengung des Tatbestandsbegriffes durch seine Entwicklung des Begriffes der "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale" eingetreten[2], und auf dem Gebiet der Blankettstrafgesetze ist die Frage aufgetaucht, ob die ausfüllenden Normen zum Tatbestand gehören[3]. So hat die Irrtumslehre wieder einmal dazu geführt, die Lehre vom Tatbestand erneut zu überprüfen.[4] Hierbei hat sich besonders das Problem der dogmatischen Stellung der Merkmale von Unrechtsausschließungsgründen in den Vordergrund geschoben.[5] Sind sie Teile des Tatbestandes? Ist die Vorschrift des § 59 StGB auf sie entsprechend anzuwenden? Oder gehören sie schlechterdings zum Rechts-

---

1) Für das Abstellen auf den Grund des Irrtums: BGHSt 5/301 (310).
2) Vgl. JZ 52/208, JZ 52/133, JZ 52/19, JZ 52/340, ZStW 67/224, Lehrbuch S. 170 f., vgl. hierzu BGHSt 3/82(89).
3) Welzel MDR 52/586, Warda JR 50/550 f, Hartung NJW 51/210, vgl. auch RGSt 55/138(142).
4) Welzel, JZ 52/343, Lange JZ 53/13, Mezger NJW 53/2.
5) Arthur Kaufmann JZ 54/653.

widrigkeitsurteil? Ist ein Irrtum im Gebiet des Unrechtsausschlusses also Tatbestandsirrtum oder Verbotsirrtum? Oder liegt hier eine dritte Irrtumsart vor? [1] Der Bundesgerichtshof [2] hat einen Irrtum über Merkmale eines Unrechtsausschließungsgrundes in ständiger Rechtsprechung als vorsatzausschließend behandelt, ohne diese jedoch ausdrücklich als Tatbestandsmerkmale zu bezeichnen und sich so zu der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu bekennen. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen hat insbesondere Arthur Kaufmann [3] wieder aufgegriffen und in ihrer neuesten Fassung dargestellt und verteidigt. [4]

IV Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

1.) Die Begründer der Lehre

Die ersten Vertreter der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen haben mit meist kargen Begründungen ihre These, daß die Unrechtsausschließungsgründe Teile des Tatbestandes sind, vertreten. Es soll daher an dieser Stelle auch nicht näher in eine Erörterung ihrer Ausführungen eingetreten werden, vielmehr soll diese Auseinandersetzung mit den auftretenden Problemen bei der Darstellung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen in ihrer heutigen Gestalt erfolgen. Hier seien der Vollständigkeit halber lediglich in Kürze die E r g e b n i s s e der Begründer der Lehre angeführt.

---

1) So Dreher ZStW 67/433, hierzu Arthur Kaufmann JZ 56/353ff.
2) ZB, BGHSt 1/203. BGH in JZ 51/234 und in NJW 51/412). BGHSt 3/105. 3/357, 2/333, 3/272, 3/364, 3/7. Im Beschluß vom 18.3.1952 war die Behandlung des Irrtums über Merkmale des Unrechtsausschlusses ausdrücklich offengelassen worden (BGHSt 2/194(211)). Vgl. hierzu Lang-Hinrichsen JZ 53/262, Bindokat JZ 53/748, Schröder MDR 53/70.
3) JZ 54/653, 56/353,393.
4) Weitere Anhänger der Lehre in neuerer Zeit: Zimmerl, Lehre vom Tatbestand S.64 ff, Weinberg, Verbotsirrtum, S.90, Radbruch in Frank-Festgabe S.164 f. Engisch, Vorsatz u. Fahrlässigkeit S.10 f, Festschrift f. Mezger S.130 f, v. Weber, Grundriß S. 85, Festschrift f. Mezger, S.183 ff, JZ 51/260, Schönke-Schröder, § 59 III 1, Mezger Leip. Komm. I zu § 59 I 2 b, NJW 51/500, 869, 53/2, Kohlrausch-Lange, zu § 59 V 1, Schwarz Komm. Anhang zu § 59, Kap. 2, 2.B c, NJW 55/526, Schaffstein, NJW 51/691, MDR 51/196. Eine Zusammenstellung der Gegner der Lehre findet sich bei Welzel ZStW 67/224.

Als erster behauptete A d o l f M e r k e l [1] die Zugehörigkeit der unrechtsausschließenden Umstände zum Tatbestand und versuchte damit die vorsatzausschließende Wirkung der irrtümlichen Annahme eines solchen Umstandes dogmatisch zu rechtfertigen.

Auch L ö f f l e r [2] nahm die Merkmale der Rechtfertigung in seinen a l l g e m e i n e n Tatbestand auf, den er von dem b e s o n d e r e n Tatbestand (dem bis daher allein bekannten) unterschied. Unter dem allgemeinen Tatbebestand verstand er "jenes Geschehen, an welches das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen eine Strafe knüpft, also Handlung und Erfolg in ihren rechtlich relevanten Beziehungen" [3]. Er unterscheidet zwischen subjektivem und objektivem Tatbestand, wobei der Vorsatz den g e s a m t e n objektiven Teil umfassen muß. Er scheidet die Rechtswidrigkeit als Werturteil des Gesetzgebers über die Handlung aus dem allgemeinen Tatbestand aus, die U m s t ä n d e dagegen, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschließen, zählt er als negative Tatbestandsmomente zum allgemeinen Tatbestand, weil ihr kontradiktorisches Gegenteil erforderlich sei, damit die Handlung den Charakter des Verbrecherischen trage [4].

F r a n k, dessen erste Formulierungen über die negativen Tatbestandsmerkmale namentlich bei Kohlrausch, v. Liszt und Beling Widerspruch gefunden hatten [5], formulierte in seiner Abhandlung "Über den Aufbau des Schuldbegriffes" [6] seine Ansicht folgendermaßen: "Findet sich ein Rechtssatz, d e r d i e R e c h t s w i d r i g k e i t a u s s c h l i e ß t, ... und der die Rechtswidrigkeit nicht allgemein sondern

---

1) Lehrbuch S. 82.
2) in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd.2o S.774 ff (1893).
3) Löffler aaO.
4) Löffler aaO.
5) Er hatte behauptet, die Rechtswidrigkeit sei nicht ein positives Tatbestandsmerkmal, wohl aber ihr Mangel ein negatives, diese Behauptung aber schon in der 3.und 4. Aufl.seines Kommentars berichtigt,vgl. die Formulierung im Text.
6) Sonderabdruck aus der Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen S.18.

nur für einzelne Fälle verneint, ... so hat e r d i e B e d e u t u n g e i n e r l e x s p e c i a l i s, d i e d e r l e x g e n e r a l i s v o r g e h t. Die Anwendbarkeit der letzteren setzt also voraus, daß einer der Fälle nicht vorliegt, bei denen die lex specialis einträge. Nur unter dieser Voraussetzung, der Voraussetzung also, daß ein solcher Umstand fehlt, ist die Handlung strafbar. Der Umstand läßt sich somit als negatives Tatbestandsmerkmal bezeichnen." Nach Frank sind die besonderen Tatbestände des besonderen Teils unvollständig. Vollständig wären sie zu lesen mit dem Zusatz "es sei denn, daß besondere Umstände vorliegen, unter denen die Rechtsordnung die Tat nicht als rechtswidrig ansieht". Daß der Gesetzgeber die besonderen Tatbestände nicht so formuliert hat, hat nach der Auffassung Franks nur gesetzestechnische Gründe.

Auch M i r i c k a [1] kommt zu dem Ergebnis, daß die Nichtaufnahme der Merkmale des Unrechtsausschlusses in die besonderen Tatbestände lediglich auf gesetzestechnischen Gründen beruht. Die vollkommene Definition eines Delikts muß nach seiner Meinung die Grenze zwischen strafbarem Unrecht und Straflosigkeit ziehen und infolgedessen die Fälle ausgeschlossenen Unrechts ausklammern. Er sah daher in der Negation des Komplexes ausgeschlossener Rechtswidrigkeit ein positives Tatbestandsmerkmal oder in dem Komplex ein negatives Tatbestandsmerkmal.

B a u m g a r t e n [2] trat der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen bei und setzte sich mit den insbesondere von Kohlrausch, v.Liszt, Oetker, Finger und Beling gegen sie vorgebrachten Einwänden auseinander[3]. Er sah das besondere Verdienst der Lehre darin, daß sie über die Grenzen des besonderen Tatbestandes hinaus den Begriff des Tatbestandes durch das Heranziehen von Momenten erweitert hat,

---

1) Formen der Strafschuld, S. 124 f.
2) Der Aufbau der Verbrechenslehre S. 212 ff.
3) Diese Streitfragen werden im Laufe dieser Untersuchung miterörtert, soweit sie Bedeutung für die Probleme des Irrtums haben.

denen man bisher nur für die Rechtswidrigkeit Bedeutung beizumessen gewohnt war [1]. Durch diese Momente wird nach seiner Ansicht dem Vorsatz ein angemessener Beziehungssachverhalt gegeben [2]. Eine selbständige Bedeutung der Rechtswidrigkeit für den Aufbau des Verbrechens lehnte Baumgarten ab.

2.) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen in ihrer heutigen Gestalt [3]

a) Der Unrechtstatbestand als Folge der Irrtumslehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum
(Auseinandersetzung mit der strengen Vorsatztheorie)

Die moderne Irrtumslehre unterscheidet zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum, wobei der Verbotsirrtum als Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat verstanden wird. Wenn diese Unterscheidung sinnvoll sein soll, dann m u ß e i n e U n t e r s c h e i d u n g v o n T a t b e s t a n d u n d R e c h t s w i d r i g k e i t möglich sein. Der Tatbestand, der als Grundlage der Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum dienen kann, darf deshalb die Rechtswidrigkeit der Tat nicht einschließen. Daß die f o r m e l l e R e c h t s w i d r i g k e i t (das Verbotensein) vom Tatbestand unterschieden werden kann, ist unstreitig, wenn im Folgenden von "Rechtswidrigkeit" gesprochen wird, so ist daher stets das "Unrechtsein" der Tat, die m a t e r i e l l e R e c h t s w i d r i g k e i t gemeint. Die für die Irrtumslehre entscheidende Frage ist, ob auch die materielle Rechtswidrigkeit neben dem Tatbestand eine selbständige Bedeutung behält, wenn wir, wie unter b) erörtert werden wird, den Tatbestand nicht als wertfreien sondern als Unrechtstatbestand unserer Untersuchung zugrunde legen müssen.

---

1) Baumgarten aaO. S. 227 f.
2) Baumgarten aaO. S. 241.
3) Für den Stand des Meinungsstreites zwischen Anhängern u.Gegnern der LvdnT. wird insb. verwiesen auf JZ 54/653, 56/353,393 (Arthur Kaufmann), JZ 55/37 (Armin Kaufmann) und ZStW 67/208 ff (Welzel), ZStW 65/178 (Schröder) und

Gehen wir von dem Satz aus, daß der Tatbestand das V e r h a l t e n des Täters beschreibt, das die Merkmale des Strafgesetzes erfüllt - daß dieses Verhalten also das Objekt der Wertung "rechtswidrig" ist -, während die R e c h t s w i d r i g k e i t eine E i g e n s c h a f t dieses tatbestandsmäßigen Verhaltens ist, das Unwerturteil der Rechtsordnung - also die Wertung des Objekts "Tatbestandsverwirklichung" -, so begegnen wir sogleich dem Einwand der strengen Vorsatztheorie.[1)]

Diese Unterscheidung, so argumentiert sie, ist wegen der "Strukturverschlingung von Sein und Sollen" des Unrechtstatbestandes, die besonders in den normativen Tatbestandsmerkmalen zum Ausdruck kommt, nicht möglich, denn diese normativen Tatbestandselemente verschließen sich der rein kognitiven Erkenntnis, sie verlangen vielmehr eine juristische Wertung, ein Urteil, denn in ihnen findet die Sollensnorm ihren Ausdruck. Hieraus folgert diese Lehrmeinung, daß der Unrechtstatbestand als ratio essendi (nicht nur als ratio cognoscendi) der Rechtswidrigkeit von dieser nicht zu trennen sei. Daraus folgt notwendig, daß die dogmatischen Grundlagen für eine Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum entfallen.

Nicht an den Argumenten, wohl aber an der Schlußfolgerung der strengen Vorsatztheorie setzt aber unsere Kritik an, denn sie wird durch die Beweisführung nicht getragen. Sicher verlangt das "Wissen" um ein normatives Tatbestandsmerkmal eine Wertung des Objekts. Das Objekt d i e s e r Wertung ist aber nicht die T a t sondern e i n Element dieser Tat. Sicher ist der Unrechtstatbestand der Niederschlag der N o r m . Weil er U n r e c h t s t a t b e s t a n d ist, kann die Strukturverschlingung von Sein und Sollen in ihm nicht bezweifelt werden. Damit steht aber nicht m e h r

---

die dort aufgeführten weiteren Nachweise. In dieser Arbeit wird hierauf insoweit eingegangen, als Erheblichkeit für die Irrtumsprobleme besteht.

1) Lang-Hinrichsen ZStW 63/332, JR 52/184,3o2,356, JZ 53/362, Schröder MDR 5o/646, 51/387, 53/7o, ZStW 65/178, Bindokat JZ 53/71, Mezger NJW 51/5o2, vgl. aber jetzt Leip.Komm. I S. 492 und NJW 53/2 ff.

fest, als daß der Tatbestand nicht wertfrei ist, sondern daß er Unrecht beschreibt. Von dem Vorliegen dieses materiellen Unrechts ist die Rechtswidrigkeit auch abhängig, ja so weitgehend abhängig, daß die Wertung der Tat als rechtswidrig n o t w e n d i g e Folge dieses Unrechts ist, daß das Vorliegen des Unrechtstatbestandes allein, ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, die Beurteilung der Tat als rechtswidrig herbeiführt [1]. Das ändert aber nichts daran, daß die Rechtswidrigkeit selbständige Bedeutung insofern erhält und behält, a l s s i e a l s E i g e n s c h a f t d e r V e r w i r k l i c h u n g [2] des Unrechtstatbestandes etwas a n d e r e s ist als dieser selbst, denn der Zusammenhang von Ursache und Folge ist doch nicht gleichbedeutend mit Identität. Der Unrechtstatbestand ist etwas materiales, er ist die Unrechtsmaterie. Die Rechtswidrigkeit ist nichts materiales, sie ist nur Eigenschaft der Unrechtsmaterie, sie ist von dieser a b h ä n g i g , a b e r s e l b s t ä n d i g . Damit haben wir erkannt, daß Unrechtstatbestand und Rechtswidrigkeit von einander getrennt und unterschieden werden können.

Daß diese Unterscheidung möglich ist, ergibt sich schließlich auch aus der praktischen Erfahrung, daß ein Täter trotz richtiger Kenntnis aller Elemente des Unrechtstatbestandes nicht nur über das Verbotensein der Tat irren kann sondern auch darüber, daß er m i t s e i n e m V e r h a l t e n ü b e r h a u p t "U n r e c h t t u t" [3]. So wenn der

---

1) Das Unrecht wird in dieser Arbeit nur hinsichtlich der realen Tatseite untersucht. Wenn deshalb von Unrecht und Rechtswidrigkeit die Rede ist, so ist das stets nur in diesem Sinne, nämlich als Interessenverletzung verstanden. Ein Eingehen auf die P f l i c h t v e r l e t z u n g als der objektiv-personalen Seite des Unrechts (den Unrechtsvorwurf, vgl. Maihofer, Rittler-Festschrift, S.141) ist für diese Untersuchung nicht notwendig, da das Vorliegen negativer Tatumstände stets schon die Interessenverletzung ausschließt, die Frage der Pflichtverletzung also nicht aktuell wird.

2) Denn korrekt ausgedrückt ist ja nicht der Unrechtstatbestand rechtswidrig sondern seine Verwirklichung.

3) Ebenso Engisch JZ 52/35o und Mezger-Festschrift S.161f, and. Ansicht Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein S. 169 ff, JZ 54/654 Anm. 15.

Passant auf der Straße ein grob ungezogenes Kind züchtigt in der festen Überzeugung, hierzu berechtigt zu sein, so auch, wenn der Täter an einem Geheimbund im Sinne von § 128 StGB, in dem unbedingter Gehorsam gegen bekannte Obere versprochen wird, teilhat, ohne auch nur einen Gedanken darauf zu verwenden, daß er damit Unrecht tun könnte. Mit der Erkenntnis, daß Unrechttatbestand und Rechtswidrigkeit unterschieden werden können, erweist sich auch die Behauptung Arthur Kaufmanns [1] als unhaltbar, daß der Tatbestandsirrtum das Bewußtsein der materiellen Rechtswidrigkeit betrifft und deshalb für den Verbotsirrtum lediglich der Irrtum über die formelle Rechtswidrigkeit bleibe, weil in Hinsicht auf die materielle Rechtswidrigkeit Tatbestand und Urteil über ihn nicht zu trennen sei.[2]

b) Der Unrechtstatbestand als Folge des normativen Schuldbegriffes
(Auseinandersetzung mit der strengen Schuldtheorie)

Bei unserer Untersuchung über die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit unter a) haben wir ohne weitere Prüfung des Tatbestandsbegriffes den U n r e c h t s tatbestand zugrundegelegt. Und hier tritt uns nun der Einwand der strengen Schuldtheorie entgegen, Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat sei nicht nur der Irrtum über die konkreten Elemente, die im Einzelfall die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen, denn Tatbestand im Sinne des Tatbestandsirrtums sei nicht der Unrechtstatbestand sondern der Deliktstyp, wie er in den Tatbeständen des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches seinen Niederschlag gefunden hat.

---

1) aaO.
2) Über die besonderen Probleme des Ordnungsstrafrechts, bei dem ein materieller Unrechtsgehalt nicht vorliegt, vgl.die Kontroverse zwischen Lange JZ 56/73,519, Welzel, JZ 56/238, 53/266, 57/130 ff, Arthur Kaufmann,Unrechtsbewußtsein S. 183 ff und Lang-Hinrichsen GA 57/225.

Dieser Einwand zwingt zur Untersuchung der Frage, w e l c h e r T a t b e s t a n d s b e g r i f f denn der für die Irrtumskathegorien von Tatbestands- und Verbotsirrtum bedeutsame ist.

Der Begriff "Tatbestand" wird in sehr verschiedener Bedeutung in der Lehre verstanden.[1] Lang-Hinrichsen[2] unterscheidet zwischen Gesamttatbestand und Garantietatbestand. Gesamttatbestand ist für ihn der Inbegriff der Merkmale, die die ratio essendi der Rechtswidrigkeit bilden, zu denen er auch die Handlungspflichtmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte und die Merkmale des Unrechtsausschlusses zählt, während der Garantietatbestand für ihn der Teil des Tatbestandes ist, für den der Grundsatz "nullum crimen sine lege" gilt.[3] Der Vorsatz muß sich nach Meinung Lang-Hinrichsens auf den Gesamttatbestand beziehen. Mezger[4] unterscheidet zwischen dem Tatbestand der allgemeinen Rechtslehre, dem Handlungstatbestand und dem Unrechtstatbestand. Engisch [5] schließlich nennt nicht weniger als fünf Tatbestandsbegriffe: 1.) Den Tatbestand im Sinne der Rechtstheorie, 2.) den Verbrechenstatbestand, 3.) den Garantietatbestand, 4.) den Unrechtstatbestand und 5.) den Tatbestand des § 59 StGB.

Welche Bedeutung dem Tatbestand im besonderen Falle zukommt, hängt davon ab, w e l c h e F u n k t i o n e r z u e r f ü l l e n hat.[6] Für diese Untersuchung kommen vor allem zwei Tatbestandsbegriffe in Betracht: 1.) Der Deliktstyp (nach Beling [7] = Garantietatbestand Lang-Hinrichsens und Engisch's) als Träger des t y p i s c h e n Strafwürdigkeitsgehaltes der jeweiligen Deliktsart [8], den wir als den p o s i t i v e n T a t b e s t a n d bezeichnen wollen, 2.) der Unrechtstatbestand (nach Engisch und Mezger

---

1) Siehe im einzelnen bei Engisch in Festschrift für Mezger S.130 ff.
2) JR 53/363 ff, vgl. auch Schröder ZStW 65/193.
3) Der von Beling und v.Liszt überkommene Deliktstypus.
4) NJW 53/2 ff.
5) Mezger-Festschrift S. 130 ff.
6) Arthur Kaufmann, JZ 56/354.
7) Lehre vom Verbrechen S.3,21,Lehre v.Tatbestand passim.
8) Gallas ZStW 67/17,28.

= Gesamttatbestand Lang-Hinrichsens) als der Tatbestand, der a l l e Merkmale des Verbrechens umfaßt, die zusammen das menschliche Verhalten n o t w e n d i g als rechtswidrig kennzeichnen. Er umfaßt also a l l e Merkmale der Tat, die für die Rechtswidrigkeit von Bedeutung sind,[1] er besteht deshalb, wie wir sehen werden, aus einem positiven und einem negativen Teil. Die Funktion des Tatbestandes in der Irrtumslehre ist es, die Grundlage für die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum zu schaffen. Das kann er nur dann, wenn er d a s O b j e k t d e r W e r t u n g v o l l s t ä n d i g e r f a ß t , damit für die Wertung des Objekts auch wirklich n u r noch eine Wertung übrig bleibt. Infolgedessen kann der Deliktstyp nicht der gesuchte Tatbestandsbegriff sein, denn er ist nicht an der Rechtswidrigkeit orientiert, er enthält ja nur die Merkmale, die den t y p i s c h e n S t r a f w ü r d i g k e i t s g e h a l t der Tat ausmachen, auf Grund seines Vorliegens kann also das Urteil "rechtswidrig" nicht gefällt werden, vielmehr ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit noch davon abhängig, ob nicht die Merkmale des Unrechtsausschlusses vorliegen. Bei zugrundegelegtem Deliktstyp als Tatbestandsbegriff wäre daher die Rechtswidrigkeit nicht mehr reine Eigenschaft, nicht mehr ausschließlich Wertung, sie enthielte vielmehr in den Merkmalen des Unrechtsausschlusses auch m a t e r i a l e Elemente. Wohl aber entspricht der Unrechtstatbestand dem Erfordernis, daß die Rechtswidrigkeit lediglich als Eigenschaft der Tatbestandsverwirklichung anzusehen ist, denn wenn er erfüllt ist, kann sofort und endgültig die Wertung "rechtswidrig" erfolgen,[2] kann die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit der Tat festgestellt werden. Daraus folgt weiter, daß mit dem Erfassen aller für die Rechtswidrigkeit der Tat bedeutsamen Umstände das Urteil "tatbestandsmäßig" mit dem Urteil "rechtswidrig"

---

1) Arthur Kaufmann JZ 54/656: Verbotsmaterie (in einem anderen Sinne verwendet Welzel, Lehrbuch S.4o ff, 58 f diese Bezeichnung, nämlich als gegenständliche Beschreibung des t y p i s c h verbotenen Verhaltens).

2) Der Unrechtstatbestand ist an der Rechtswidrigkeit orientiert (Arthur Kaufmann, JZ 56/354).

zusammenfällt.[1] Zu den Merkmalen, die für die Rechtswidrigkeit der Tat von Bedeutung sind, gehören unstreitig auch die negativen Tatbestandsmerkmale - also die Merkmale, die das Unrecht ausschließen -, denn ihr Nichtvorliegen ist erforderlich, damit das Rechtswidrigkeitsurteil über die Tat gefällt werden kann. Für den Unrechtstatbestand ist somit ein positiver und ein negativer Teil bedeutsam. Nur wenn der negative Teil nicht vorhanden ist, liegt der Unrechtstatbestand vor.

Damit ist aber der Einwand der strengen Schuldtheorie noch nicht ausgeräumt, denn wenn sie den Tatbestand auf den Deliktstyp beschränkt, dann bestreitet sie die Richtigkeit unseres Begriffes der Rechtswidrigkeit als reiner Wertung, als Eigenschaft des tatbestandsmäßigen Verhaltens. Für sie umfaßt die Rechtswidrigkeit eben mehr, nämlich auch die Merkmale, die im Einzelfall die Rechtswidrigkeit der Verwirklichung des positiven Tatbestandes ausschließen, also die negativen Merkmale des Unrechtstatbestandes.

Eine Untersuchung im Bereich der Tatbestandslehre kann hier wegen der Mehrdeutigkeit des Tatbestandsbegriffes nicht weiterführen, vielmehr ist es notwendig zu untersuchen, ob aus der Funktion, die der Tatbestand für Vorsatz und Irrtum hat, nämlich der Funktion Beziehungspunkt des Vorsatzes zu sein, der richtige Tatbestandsbegriff bestimmt werden kann.

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist das Begreifen der Schuld als normativer Schuld. Ein Verschulden trifft den Täter nur dann, wenn ihm aus seinem Verhalten ein Vorwurf gemacht werden kann. Grundlage für den Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens ist das Vorliegen des Vorsatzes. Der Vorsatz ist Voraussetzung der vorsätzlichen Schuld. Deshalb muß der Vorsatz, um seiner Aufgabe, Grundlage des Schuldvorwurfes zu sein, gerecht zu werden, dem Täter das Wissen um all die

---

1) Davon, daß die Rechtswidrigkeit durch die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen Voraussetzung der Tatbestandsmäßigkeit wird (Welzel, ZStW 67/212 A. 33) kann also keine Rede sein.

U m s t ä n d e v e r m i t t e l n , die ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Tat verschaffen können.[1] Von Vorsatz kann also nur dann die Rede sein, w e n n e r d a s W i s s e n u m a l l e U m s t ä n d e v e r m i t t e l t , d e r e n K e n n t n i s n ö t i g i s t , u m d a s U n r e c h t d e s V e r h a l t e n s b e i r i c h t i g e m W e r t g e f ü h l z u e m p f i n d e n .[2] Die nächste Frage lautet daher: Welche Umstände sind es, deren Kenntnis nötig ist, um bei richtigem Wertgefühl das Unrecht (im Sinne der Rechtswidrigkeit) des Verhaltens erkennen zu können?

Unbestreitbar gehören hierher die Merkmale des positiven Tatbestandes, denn im positiven Tatbestand findet die " S o l l e n s n o r m "[3] als Bestimmungsnorm ihren Niederschlag durch die Beschreibung eines bestimmten Tattyps, durch den diese Sollensnorm verletzt wird. Die Aufstellung der Sollensnorm aber ist das Mittel der Rechtsordnung, mit dessen Hilfe sie den Schutz eines Rechtsgutes zu erreichen sucht. Der Niederschlag der Sollensnorm im Tattyp des positiven Tatbestandes ist daher gleichzeitig der Niederschlag des Unrechts im Sinne der Interessenverletzung. Daher sind seine Elemente unrechtskonstitutiv, ihre Kenntnis daher zum Erkennen der Rechtswidrigkeit der Tat notwendig. Damit ist der Kreis der Umstände, die für die Rechtswidrigkeit der Tat erheblich sind, aber noch nicht geschlossen. Wann wirklich Unrecht vorliegt, darüber entscheidet nicht allein das Vorliegen des Tattyps, entscheidend ist vielmehr "die aktuelle Interessenlage der konkreten Situation" [4], denn die Unrechtsbeschreibung durch den positiven Tatbestand ist un-

---

1) Infolgedessen muß hier vom Vorsatz auf den Tatbestand geschlossen werden. Daß der Vorsatz selbst Bestandteil des Tatbestandes sein kann, erscheint so immerhin fraglich. Die Beziehung des Vorsatzes auf positive u n d negative Tatumstände ist aber auch für Finalisten möglich (v.Weber JZ 51/260), ja sogar erforderlich (Schaffstein MDR 51/199).

2) Nowakowski ZStW 65/387.

3) Vgl. hierzu und zum Folgenden Maihofer, der Unrechtsvorwurf, Rittler-Festschrift, S. 141 ff.

4) Maihofer aaO S. 151.

vollständig, sie wird ergänzt und vervollständigt durch die Beschreibung des Unrechtsausschlusses in bestimmten Situationen, in denen ein Rechtsgut wegen seiner Preisgabe nicht mehr vorliegt, oder wegen eines überwiegenden anderen Rechtsgutes nicht mehr geschützt wird. Für diese Fälle sieht die Rechtsordnung die "Gegennormen des Dürfens" [1] als Gestattungsnormen vor, die ihren Niederschlag in den Unrechtsausschließungsgründen gefunden haben. Der Unrechtsausschließungsgrund, der in einer konkreten Tatsituation in Ergänzung des positiven Tatbestandes das Unrecht abschließend beschreibt, indem er die Voraussetzungen anführt, unter denen k e i n U n r e c h t vorliegt, enthält also die weiteren Merkmale, die das Unrecht nunmehr endgültig abgrenzen. Aus dem Zusammenspiel der Normen des Sollens und der Gegennormen des Dürfens, deren Niederschlag wir im positiven und im negativen Tatbestand gefunden haben, ergibt sich als "Unrechtssachverhalt" [2] die Gesamtheit der Merkmale, die für die Rechtswidrigkeit der Tat (im Sinne der Interessenverletzung) der Verletzung eines Rechtsgutes) von Bedeutung sind.

Auf die Elemente dieses Unrechtssachverhaltes - also auf die positiven u n d auf die negativen Merkmale des Tatbestandes - muß sich also der Vorsatz beziehen, wenn wir von ihm erwarten, daß er dem Täter das Wissen um die Elemente der Tat vermittelt, die ihm bei richtigem Wertgefühl das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit verschaffen können.

Damit haben wir aus dem normativen Schuldbegriff, der einen Vorwurf für die Feststellung der Schuld verlangt, den Unrechtssachverhalt als den für die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtums maßgeblichen Tatbestandsbegriff erkannt. Dieser U n r e c h t s s a c h v e r h a l t soll in der Folge nach der bisherigen Praxis als U n r e c h t s t a t b e s t a n d bezeichnet werden.

---

1) Maihofer aaO. S. 150.
2) Maihofer aaO. S. 155, 163.

c) Folgerungen aus dem Unrechtstatbestand

Mit dem Ergebnis der Untersuchung unter b) hat unsere Auffassung, daß die Rechtswidrigkeit nur eine Eigenschaft des tatbestandsmäßigen Verhaltens ist, ihre Bestätigung gefunden, denn wenn der Unrechtstatbestand die vollständige Beschreibung des Unrechts enthält, dann bleibt für den Bereich der Rechtswidrigkeit eben nur noch die Wertung des Objektes "Unrechtstatbestand", das Unwerturteil "rechtswidrig".

Das bedeutet weiter, daß die T a t b e s t a n d s m ä s s i g k e i t (im Sinne des Unrechtstatbestandes) und die R e c h t s w i d r i g k e i t z u s a m m e n f ä l l t, denn sobald feststeht, daß ein Verhalten im positiven und negativen Sinne tatbestandsmäßig ist, liegt auch die Rechtswidrigkeit vor. Die Erkenntnis, daß die Merkmale des Unrechtsausschlusses als negative Elemente zum Tatbestand gehören, führt somit zu der Folgerung, daß ihr Vorliegen bereits den Unrechtstatbestand ausschließt.

Aus dem Ergebnis der Untersuchungen können wir den weiteren Schluß ziehen, daß unter T a t b e s t a n d s i r r t u m j e d e r I r r t u m i m B e r e i c h d e r U n r e c h t s m a t e r i e, des Unrechtstatbestandes anzusehen ist. Tatbestandsirrtum ist der I r r t u m ü b e r j e d e s u n r e c h t s k o n s t i t u t i v e E l e m e n t d e r T a t b e s t a n d s v e r w i r k l i c h u n g, die Grenze zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum liegt nicht vor sondern hinter den negativen Tatbestandsmerkmalen.[1] Als Verbotsirrtum bleibt der Irrtum über die Eigenschaft der materiellen Rechtswidrigkeit[2] der Tatbestandsverwirklichung übrig.

Durch diese klare Trennung des Irrtums über das Objekt der Wertung von dem Irrtum über die Wertung des Objektes wird der Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum erst

---

1) Vgl. Schröder, MDR 53/7o.
2) Der weitere Fall des Verbotsirrtums, der Irrtum über die formelle Rechtswidrigkeit wird später erörtert.

eine dogmatisch klare Grundlage verschafft: Auf der einen Seite steht der Irrtum über etwas materiales, die Tatbestandsverwirklichung. Auf der anderen Seite steht der Irrtum über etwas immateriales, über eine Eigenschaft der Tatbestandsverwirklichung, die Rechtswidrigkeit der Tat. Damit erweist sich wegen des klar unterscheidbaren Gegenstandes der beiden Irrtumsarten die Trennung von Tatbestands- und Verbotsirrtum als sachlich gerechtfertigt.

Wenn wir als den Beziehungsgegenstand des Vorsatzes den Unrechtstatbestand erkannt haben, so bedeutet das, wie wir unter a) gesehen haben, nicht, daß mit dem Vorhandensein des Vorsatzes auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorliegt, denn trotz richtiger Kenntnis des positiven und negativen Tatbestandes k a n n d a s B e w u ß t s e i n d e r R e c h t s w i d r i g k e i t f e h l e n . Bei vorliegendem Vorsatz kennt aber der Täter alle Merkmale der Tat, die ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vermitteln k ö n n e n , der Vorsatz verschafft dem Täter also die M ö g l i c h k e i t, die Rechtswidrigkeit der Tat zu erkennen, er vermittelt ihm zwar nicht ein aktuelles wohl aber ein "potentielles" Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

Die Irrtumskategorien des Tatbestands- und Verbotsirrtums unterscheiden sich, wie wir gesehen haben, in ihrem Gegenstand. Sie unterscheiden sich jedoch nicht in ihrer endlichen Wirkung. Der Verbotsirrtum beseitigt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, der Tatbestandsirrtum läßt über den Ausschluß des Vorsatzes mittelbar das gleiche Ergebnis eintreten. Für die Wirkung, die man den beiden Irrtumsarten beimißt, ist deshalb entscheidend, ob man auf den Gegenstand des Irrtums abstellt oder auf seine Folge. Stellt man auf den verschiedenen Gegenstand ab, so wird man mit der Schuldtheorie dazu kommen, eine verschiedene Wirkung anzunehmen, hält man die gleiche Irrtumsfolge für entscheidend, so wird man mit der Vorsatztheorie bei beiden Irrtumsarten die gleiche Wirkung, nämlich Vorsatzausschluß [1], ein-

1) Vgl. Lang-Hinrichsen JZ 53/362 ff, Schröder ZStW 65/178 ff, Mezger, Leip.Komm. I S. 503 ff, NJW 51/500 ff.

treten lassen.[1] Mit der Erkenntnis, daß die Elemente des Unrechtsausschlusses zum Tatbestand gehören, beschränkt sich unsere Untersuchung jedoch auf den Tatbestandsirrtum. Die W i r k u n g des Verbotsirrtums kann als nicht zum Gegenstand der Untersuchung zählend dahinstehen.

d) Der Unrechtstatbestand und der gesetzliche Tatbestand des § 59 StGB

Nachdem wir als den für Vorsatz und Irrtum maßgeblichen Tatbestandsbegriff den Unrechtstatbestand gefunden haben und daraus gefolgert haben, daß sich der Vorsatz auf den positiven u n d auf den negativen Tatbestand beziehen muß, ergibt sich die Notwendigkeit zu überprüfen, ob diese dogmatische Erkenntnis mit dem positiven Recht vereinbar ist.

Ansatzpunkt dieser Überlegung ist § 59 StGB, der bestimmt, daß dem Täter Tatumstände, die zum g e s e t z l i c h e n Tatbestand gehören, nicht zuzurechnen sind, wenn er sie nicht kennt. Daraus ist mit der absolut herrschenden Meinung zu folgern, daß zum Vorsatz die Kenntnis der Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, notwendig ist, ein Irrtum über einen solchen Umstand daher der Vorsatz ausschließt. Ist nun diese Gesetzesvorschrift mit dem Ergebnis der vorstehenden Untersuchung vereinbar, daß a u c h d e r I r r t u m ü b e r d i e M e r k m a l e d e s U n r e c h t s a u s s c h l u s s e s den Vorsatz beseitigt? Zunächst stellen wir fest, daß der klare Wortlaut des § 59, der nicht von irgendeinem Tatbestandsbegriff sondern vom g e s e t z l i c h e n Tatbestand spricht, einer Auslegung des Tatbestandes des § 59 StGB im Sinne des Unrechtstatbestandes entgegensteht. Gesetzlicher Tatbestand ist der Tatbestand des besonderen Teiles des Strafgesetzbuches, der Tattyp, also der positive Tatbestand. Es ist daher nicht möglich, auf diesem Wege die Übereinstimmung unseres Ergebnisses mit dem positiven Recht festzustellen.[2]

---

1) Ob in beiden Fällen auf die Vermeidbarkeit des Irrtums abgestellt werden könnte, bedarf hier keiner Untersuchung.
2) Ebenso Mezger, NJW 51/502, Lang-Hinrichsen JZ 53/363, and. Ansicht Arthur Kaufmann JZ 54/656, Schröder, MDR 53/70.

Damit ist aber nicht entschieden, daß die Auffassung vom Unrechtstatbestand als Gegenstand des Vorsatzes n i c h t mit dem positiven Recht im Einklang steht. Vielmehr sagt § 59 überhaupt nichts über die Wirkung eines Irrtums im negativen Teil des Unrechtstatbestandes aus, e r l ä ß t d i e s e F r a g e v ö l l i g o f f e n . Aus § 59 StGB die Folgerung zu ziehen, daß jeder andere Irrtum als der über einen Tatumstand des gesetzlichen Tatbestandes den Vorsatz n i c h t ausschließt, erscheint als unhaltbar, wenn man sich vor Augen hält, daß der Irrtum im positiven (gesetzlichen) Tatbestand dem im negativen Tatbestand in s e i n e m s a c h l i c h e n G e h a l t gleicht. Im positiven Tatbestand irrt der Täter über einen Tatumstand des Tatbestandes, in dem die Bestimmungsnorm ihren Niederschlag gefunden hat, im negativen Tatbestand irrt er über einen Tatumstand des Tatbestandes, der der Niederschlag der Gestattungsnorm ist. In beiden Fällen betrifft der Irrtum des Täters also einen T a t u m s t a n d , in beiden Fällen irrt er nicht[1] über die Norm, nicht über die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung. Es besteht daher kein Grund, aus der Vorschrift des § 59 StGB über den Irrtum im positiven Tatbestand zu schließen, daß der Irrtum im negativen Tatbestand eine a n d e r e Wirkung haben muß als jener, vielmehr zwingt die Parallelität[2] der beiden Fälle dazu, beiden Irrtumsarten die gleiche Wirkung beizumessen. Der Irrtum über einen negativen Tatumstand ist somit zwar nicht ein Irrtum im Sinne von § 59 StGB[3], das positive Recht steht aber andererseits der Annahme des Vorsatzausschlusses bei beiden Irrtumsarten nicht entgegen. Wir fassen diese beiden Irrtumsarten unter den B e g r i f f T a t b e s t a n d s i r r t u m i m S i n n e e i n e s I r r t u m s i m B e r e i c h d e s U n r e c h t s t a t b e s t a n d e s zusammen. Im gleichen Sinne regelt der Entwurf der Großen Strafrechtskommission (4. Arbeitstagung vom 1. bis

---

1) Jedenfalls nicht unmittelbar.
2) Schröder MDR 53/7o: Positive und negative Tatbestandsmerkmale regeln sachlich die gleiche Frage.
3) Vgl. hierzu Dreher, ZStW 67/433f, a.A. Arthur Kaufmann JZ 54/656, 56/354 ff.

4.2.1955) [1] die Frage des Irrtums über negative Tatumstände, ohne allerdings den Irrtum im negativen Tatbestand als Tatbestandsirrtum zu bezeichnen. Die Kommission folgte damit dem Vorschlag des Bundesministeriums der Justiz, nach dem die irrige Annahme eines "Rechtfertigungssachverhaltes" den Ausschluß des Vorsatzes zur Folge hat. Wir können also die Schlußfolgerung ziehen, daß zwar der Unrechtstatbestand nicht mit dem gesetzlichen Tatbestand des § 59 StGB identisch ist, daß aber diese Gesetzesbestimmung dem Unrechtstatbestand als Gegenstand des Vorsatzes und somit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen n i c h t e n t g e g e n s t e h t.

V Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand

1.) Die Bedeutung von Vorsatz und Irrtum

a) Die Kenntnis der Tatumstände

Um in eine Erörterung der besonderen Probleme von Vorsatz und Irrtum eintreten zu können, ist es vorher notwendig, zu untersuchen, was überhaupt Vorsatz und Irrtum ihrem sachlichen Gehalt nach bedeuten. Hierbei geht die erste Frage nach dem Inhalt des Vorsatzes.

Unsere Untersuchung geht aus dem Satz, daß vorsätzlich handelt, wer den Tatbestand mit Wissen und Willen [2] verwirklicht.[3] Was aber bedeutet das? Bedeutet es wirklich, daß die Kenntnis der "Tatbestandsmerkmale" erforderlich ist? Wenn wir als Tatbestandsmerkmale die Elemente des Tatbestandes, also die Merkmale, durch die die Tat beschrieben wird, verstehen, kann für den Vorsatztäter sicher nicht deren Kenntnis gefordert werden, denn der Vorsatz soll doch dem Täter, wie gezeigt wurde, die Möglichkeit verschaffen, das Unrecht der Tat zu erkennen. R e c h t s w i d r i g i s t a b e r n i c h t d e r T a t b e -

---

1) Vgl. den Bericht Drehers, ZStW 67/44c ff.
2) Für unsere Untersuchung von Irrtumsproblemen ist der Vorsatz nur hinsichtlich der W i s s e n s seite von Interesse.
3) Welzel, Deutsches Strafr. S. 55, Maurach I S. 218.

stand sondern die Tatbestands-verwirklichung. Das Wissen um die Elemente dieser Tatbestandsverwirklichung zu vermitteln ist also Aufgabe des Vorsatzes. Damit bedeutet Vorsatz die Kenntnis (und das Wollen) der Tatbestandsverwirklichung, das Bewußtsein der Tat durch das Wissen um die Tatumstände, die zum objektiven Tatbestand gehören.[1] Der Täter muß also die Tat in all ihren wesentlichen Umständen in seine Vorstellung aufgenommen haben, das Vorstellungsbild des Täters von der Tat muß mit dem objektiven Tatbild übereinstimmen. Das gleiche meint offensichtlich Maurach, wenn er vom Wissen der Merkmale des objektiven Tatbestandes spricht[2], denn an anderer Stelle [3] bezeichnet er genauer das Vorstellungsbild des Täters von der Tat als für den Vorsatz entscheidend. Wir kommen also zu dem Schluß, daß der Vorsatz die Kenntnis der Tatumstände [4] erfordert[5]. Wir können somit dem Tatbestand die Tatbestands-verwirklichung gegenüberstellen. Der Tatbestand ist die Beschreibung der Tat. Die Tatbestandsverwirklichung ist die Tat, die der Beschreibung im Tatbestand entspricht, das Verhalten, auf das der Tatbestand "paßt". Dieser Gegenüberstellung entspricht die weitere von Tatbestandsmerkmal und Tatumstand. Das Tatbestandsmerkmal ist das (abstrakte) Element des Tatbestandes, der Tatumstand ist das konkrete Element der Tatbestandsverwirklichung, der Tat. Da der Tatbestand die Tat beschreibt, die dem Tatbestand entspricht, so entspricht jedem abstrakten Tatbestandsmerkmal ein konkreter Tatumstand. Vorsatz bedeutet demnach das Wissen um alle konkreten, den abstrakten Tatbestandsmerkmalen entsprechenden, Tatumstände, das Übereinstimmen des Vor-

---

1) Welzel, Deutsches Strafrecht S. 58.
2) Maurach I S. 228.
3) aaO. S. 222.
4) Mezger, Leip. Komm. I S. 482.
5) Infolgedessen wäre die korrektere Bezeichnung für den Tatbestandsirrtum "Tatumstandsirrtum", vgl. Mezger, Leip. Komm I 1954 S. 436.

stellungsbildes des Täters mit dem Tatbild.

b) Der Irrtum als Negation des Vorsatzes

Irrtum im strengen Wortsinne bedeutet nicht die einfache Unkenntnis oder die mangelnde Voraussicht des Erfolges sondern die positiv falsche Vorstellung [1]. Für die Irrtumslehre des Strafrechts ist dies jedoch ohne Bedeutung. Sie untersucht ja nur die Frage, ob der Täter etwas nicht weiß, ob er einen Tatumstand (oder die Rechtswidrigkeit der Tat) nicht kennt. Ein Irrtum ist im Strafrecht nur insofern bedeutsam, als er zur Folge hat, daß durch ihn das Wissen des Täters ausgeschlossen wird.[2] Dieses Wissen wird aber nicht nur durch eine fehlerhafte Vorstellung des Täters ausgeschlossen, sondern es wird schon dadurch beseitigt, daß der Täter keine Vorstellung von einem Tatumstand (oder der Rechtswidrigkeit) hat. Nicht die Fehlvorstellung sondern der Mangel der richtigen Vorstellung ist also bedeutsam. Es ist daher mit Recht darauf hingewiesen worden, daß eine besondere Lehre vom Irrtum im Strafrecht nicht unbedenklich ist.[3] Die Funktion eines Irrtums im Bereich des Strafrechts ist lediglich die der Beseitigung des Vorsatzes, die Irrtumslehre des Strafrechts ist deshalb nichts anderes als die Doluslehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet, der Irrtum ist im Strafrecht nur als Kehrseite des Vorsatzes bedeutsam.[4]

Für einen Irrtum im Bereich des positiven Tatbestandes ist es daher nicht erforderlich, daß der Täter

---

1) Frank § 59 VII, Mezger, Lehrbuch S. 305.
2) Daß für den Irrtum zu Ungunsten des Täters (den umgekehrten Irrtum) etwas anderes gilt, wird später dargelegt.
3) Mezger, Lehrbuch 1949 S. 305 f.
4) Frank § 59 VII, Mezger Lehrbuch S. 306, Arthur Kaufmann Unrechtsbewußtsein S. 58.

eine f e h l e r h a f t e Vorstellung von einem Tatumstand hat, vielmehr genügt es, daß er von e i n e m Tatumstand k e i n e V o r s t e l l u n g hat, denn damit ist der Vorsatz bereits ausgeschlossen: Der Täter kennt nicht mehr a l l e Tatumstände der dem abstrakten Unrechtstatbestand entsprechenden Tat, sein V o r s t e l l u n g s b i l d stimmt nicht mit dem T a t b i l d überein. Welche Folgerungen sich aus unserer Untersuchung für Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand ergeben, soll erst erörtert werden, nachdem Klarheit über eine andere Frage geschaffen worden ist, nämlich über das Problem des "normativen Tatbestandsmerkmale".

2.) Vorsatz und Irrtum bei normativen Tatumständen

Nach fast völlig übereinstimmender Ansicht in Lehre und Praxis muß sich das Wissen des Täters nicht nur auf die deskriptiven sondern auch auf die normativen "Tatbestandsmerkmale" erstrecken[1], nämlich auch auf solche, die nicht durch einfache sinnliche Wahrnehmung erkannt werden können, sondern zu deren Kenntnis ein geistiges Verstehen, die Durchführung einer Wertung durch den Täter erforderlich ist[2]. Mit Recht ist geltend gemacht worden, daß im Grunde alle Tatbestandsmerkmale einen normativen Einschlag haben. An der Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen kann jedoch trotzdem festgehalten werden, weil bei "einfachen" Tatbestandsmerkmalen (z.B."töten") der wertfreie Gehalt des Tatbestandsmerkmals überwiegt, ihr Charakter also wenigstens ü b e r w i e g e n d deskriptiv ist.

Welchen Inhalt hat nun der Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen? Sicher ist es nicht notwendig, daß der Täter die ihm bekannten Tatsachen juristisch richtig un-

---

1) z.B. Mezger, Lehrb. S. 325, Maurach I S. 229, Welzel, Deutsches Strafr. S. 61, BGH in JZ 53/117 ff, BGHSt 3/248(255), 4/347(352), OLG Braunschweig in NJW 51/811, Busch in Mezger-Festschrift S. 168 ff.

2) Vgl. Engisch in Festschrift f.Mezger S. 127 ff.

ter das Strafgesetz subsumiert, denn damit würde die Vorsatztat für den Juristen reserviert[1]. Es genügt vielmehr eine Parallelwertung in der Laiensphäre[2], eine Subsumtion nach Laienart[3], eine Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein[4]. Das bedeutet, daß sich der Täter nach dem Grad seiner Bildung und Sachkenntnis ein ausreichendes Vorstellungsbild über die Bedeutung des Begriffes im sozialen Leben gemacht hat[5].

Damit ist aber die Frage, was denn nun der Täter bei einem normativen Tatbestandsmerkmal zu wissen hat, noch nicht eindeutig beantwortet. Zu der Lösung des Problems gelangen wir auch hier, wenn wir klar zwischen dem Tatbestand und der Tatbestandsverwirklichung unterscheiden. Wie wir erkannt haben, muß der Täter nicht die Tatbestandsmerkmale sondern die konkreten Umstände der Tatbestandsverwirklichung, die die abstrakten Tatbestandsmerkmale in der Tat widerspiegeln, kennen. Diese Tatumstände muß der Täter nach seinem individuellen Bildungsgrad parallel richtig einschätzen. Es genügt nicht, daß der Täter nur die Tatsachen kennt, die den normativen Begriff tragen, er muß vielmehr den Begriff selbst erkennen, allerdings nicht juristisch genau sondern nach seinem Intelligenz- und Bildungsgrad.

So muß der Täter im Falle der Fremdheit der Sache im Sinne von § 242 StGB, wenn es sich um die Wegnahme eingezäunten Wildes handelt[6], nicht nur die Tatsache der Einzäunung kennen, er muß vielmehr wissen, daß hierdurch eine gesteigerte Sachherrschaft insoweit begründet worden ist, daß das Wild dem Berechtigten nun nicht mehr nur "zusteht", sondern daß es ihm "gehört". Hinsichtlich der Beamteneigenschaft genügt es nicht, daß der Täter lediglich die Tatsachen seiner Anstellung bei einer öffentlichen Stelle kennt, er

---

1) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 189.
2) Mezger aaO. S. 328.
3) Binding, Normen III S. 148.
4) Welzel aaO, S. 61, JZ 54/279.
5) Maurach aaO. S. 230.
6) Beispiele von Mezger, Lehrbuch S. 328.

muß vielmehr aus diesen Tatsachen den Schluß gezogen haben, daß er in den öffentlichen Dienst eingetreten ist. Nicht notwendig ist, daß der Täter d i e Beamteneigenschaft im strafrechtlichen Sinne richtig beurteilt, denn das würde die Kenntnis des T a t b e s t a n d s m e r k m a l s bedeuten. Er muß vielmehr s e i n e Beamteneigenschaft im Sinne des Strafrechts parallel richtig werten, also erkennen, daß e r e i n e F u n k t i o n i m ö f f e n t l i c h e n D i e n s t a u s ü b t . Hat er das erkannt, dann liegt sein Vorsatz vor. Ob er weiter der Meinung ist, daß ein Beamter im Sinne des Strafrechts nur derjenige sei, dem eine Ernennungsurkunde ausgehändigt worden ist, ist für den V o r s a t z unerheblich, denn hier handelt es sich nicht um die Kenntnis des normativen Tatumstandes, des Tatmerkmals sondern um die Kenntnis des Tatbestandsmerkmals, also die Gesetzeskenntnis. Die Gesetzeskenntnis aber betrifft das Verbotensein, also die formelle Rechtswidrigkeit der Tat.

Besonders deutlich wird die Richtigkeit und die Billigkeit unserer Lösung an dem Beispiel des normativen Elementes der Urkunde.

Die Parallelwertung in der Laiensphäre bedeutet hier, daß der Täter weiß, "daß das von ihm nachgemachte Schriftstück im sozialen Leben Bedeutung und Beweiswert beanspruchen soll"[1]; er muß sich vorstellen, daß das gefälschte Schriftstück im Rechtsverkehr ein besonderes Vertrauen genießt[2]. Die vom Vorsatztäter verlangte "Subsumtion" besteht also darin, daß der Täter den konkreten Tatumstand richtig parallel wertet, daß er ihn richtig unter den "Parallelwert" subsumiert, wobei wir als Parallelwert den laienhaft richtig verstandenen Tatumstand verstehen. Trifft der Täter diese Wertung nicht richtig, dann befindet er sich im Tatbestandsirrtum in der Form des S u b s u m t i o n s i r r t u m s .

---

1) Maurach I S. 230.
2) vgl. Mezger, Lehrbuch S. 328.

Für die Feststellung des Vorsatzes ist es nicht erforderlich, daß der Täter das a b s t r a k t e Merkmal des Tatbestandes (laienhaft) richtig beurteilt. Es ist also für den V o r s a t z gleichgültig, ob der Täter nach richtig vollzogener Parallelwertung des konkreten Tatumstandes der Ansicht ist, das von ihm gefälschte Schriftstück sei gleichwohl keine Urkunde, sondern eine solche liege nur dann vor, wenn sich ein Stempel auf einem Schriftstück befinde. Hier irrt der Täter nicht über einen Tatumstand, hier ordnet er vielmehr den richtig erkannten Parallelwert nicht richtig unter das abstrakte Tatbestandsmerkmal ein, er gibt damit dem abstrakten Tatbestand einen falschen Inhalt, er irrt über den richtigen Inhalt des Tatbestandes 1). Das bedeutet aber nichts anderes, als daß der Täter über das Gesetz irrt. Er kennt seine Tat in allen ihren Umständen, er irrt lediglich darüber, daß sie unter einen Straftatbestand fällt, er irrt somit über das Verbotensein der Tat, über die formelle Rechtswidrigkeit.[2] Das aber ist ein Fall des Verbotsirrtums.

Die Grenze zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum bei normativen Tatbestandsmerkmalen läuft also zwischen der fehlerhaften Parallelwertung des konkreten Tatumstandes und der falschen Beurteilung des abstrakten Tatbestandsmerkmals. Angelpunkt der jeweiligen Wertung ist der laienhafte Parallelwert. Wird der konkrete Tatumstand nicht richtig unter den Parallelwert subsumiert, so liegt ein Tatbestandsirrtum in der Form des S u b s u m t i o n s i r r t u m s vor. Wird das abstrakte Tatbestandsmerkmal nicht mit ihm identifiziert, dann handelt der Täter im V e r b o t s i r r t u m .

---

1) In diesem Sinne gebraucht Welzel den Ausdruck "Subsumtionsirrtum, nämlich als Irrtum über den abstrakten Inhalt des Tatbestandes (JZ 54/279), ebenso BGHSt 5/301 (311), vgl. Engisch, Mezger-Festschrift, S. 159.

2) Möglicherweise deshalb a u c h über die materielle Rechtswidrigkeit, und nur dann ist der Irrtum bedeutsam, vgl. Mezger, Lehrbuch S. 330 mit Nachweisen.

Wir haben im Laufe unserer Untersuchung über Vorsatz und Irrtum bei normativen Tatbestandsmerkmalen eine zweite Form des Tatbestandsirrtums im Subsumtionsirrtum erkannt, so daß wir nun zwischen dem T a t i r r t u m und dem S u b s u m t i o n s i r r t u m als den beiden U n t e r f o r m e n des vorsatzausschließenden T a t b e s t a n d s i r r t u m s unterscheiden können.

Auf Grund des Ergebnisses unserer Untersuchung sind wir nun in der Lage, vom Tatbestandsirrtum den Verbotsirrtum über die f o r m e l l e Rechtswidrigkeit zu unterscheiden. Tatbestandsirrtum ist der Irrtum über einen konkreten Tatumstand, V e r b o t s i r r t u m ist nicht nur der Irrtum über die m a t e r i e l l e Rechtswidrigkeit der Tat sondern auch der Irrtum über ein abstraktes Tatbestandsmerkmal, also über den Inhalt des Strafgesetzes und damit über das Verbotensein der Tatbestandsverwirklichung, die f o r m e l l e Rechtswidrigkeit.

3.) Die Probleme um Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand

a) Der Vorsatz bei negativen Tatumständen.

Welche Folgerungen ergeben sich nun aus dem Ergebnis unserer Untersuchungen über den Vorsatz, wenn wir als den für Vorsatz und Irrtum maßgeblichen Tatbestandsbegriff den des Unrechtstatbestandes verstehen, wenn also der Vorsatz, so wie wir ihn gedeutet haben, auch die negativen Tatumstände erfassen muß? Welchen Inhalt hat der Vorsatz, der sich auf den Unrechtstatbestand, also auf den positiven und auf den negativen Tatbestand erstreckt?

Welzel[1] und Armin Kaufmann[2] behaupten - ausgehend von dem auch von uns als richtig erkannten Begriff vom Vorsatz als dem a k t u e l l e n W i s s e n u m d i e T a t u m s t ä n d e - , daß sich nach der Lehre von den negati-

1) MDR 52/585 Anm.5, ZStW 67/213 A. 32a.
2) JZ 55/38.

ven Tatbestandsmerkmalen der Vorsatztäter im Augenblick der Tat die Abwesenheit sämtlicher Umstände, die die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen könnten, vorstellen müsse. Vorsatz bedeute nämlich nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen konsequenterweise das Bewußtsein vom Vorliegen der positiven und vom Nichtvorliegen der negativen Tatumstände. Dem Einwand der Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, daß der Vorsatz lediglich die Vorstellung vom Vorliegen der positiven und die mangelnde Vorstellung vom Vorhandensein negativer Tatumstände erfordere, hält Armin Kaufmann entgegen, daß damit der Bruch mit der traditionellen Vorsatzlehre vollzogen sei,[1] weil der Vorsatz stets ein aktuelles Bewußtsein erfordere.[2]

Welchen Inhalt hat nun der Vorsatz bei negativen Tatumständen wirklich? Wir haben erkannt, daß der Vorsatz die Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung, das Wissen um die Tat durch das Wissen um die Tatumstände bedeutet. Welche Tatumstände liegen nun vor, wenn der Unrechtstatbestand erfüllt ist, welche Tatumstände hat also der Vorsatztäter zu kennen? Wir haben gesehen, daß der Unrechtstatbestand dann erfüllt ist, wenn keine negativen Tatumstände vorliegen, wenn die Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes n i c h t vorhanden sind. Welche Tatumstände liegen dann aber noch vor? Die p o s i t i v e n Tatumstände. Die Tatumstände des positiven Tatbestandes hat also der Täter zu kennen, wenn ihm Vorsatz zur Last gelegt werden soll. Dieses Ergebnis erklärt sich aus dem negativen Wesen der n e g a t i v e n Tatumstände. Von den n e g a t i v e n T a t u m s t ä n d e n i s t a l s o k e i n e r l e i V o r s t e l l u n g d e s T ä t e r s f ü r d i e F e s t s t e l l u n g s e i n e s V o r s a t z e s e r f o r d e r l i c h . Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird bestätigt, wenn man sich den Inhalt des Vorsatzes als die Übereinstimmung des Tatbildes mit dem Vorstellungsbild des

---

1) JZ 55/38.
2) Vgl. Mezger, Leip.Komm I S. 482, Welzel, Deutsches Strafrecht, 5. Aufl. S. 55 f.

Täters vor Augen hält, wie wir den Vorsatz im Laufe unserer Untersuchung erkannt haben. Im Tatbild der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes sind negative Tatumstände n i c h t vorhanden, infolgedessen liegt Vorsatz hinsichtlich des negativen Tatbestandes dann vor, wenn in Übereinstimmung mit dem Tatbild der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes auch im Vorstellungsbild des Täters negative Tatumstände n i c h t v o r h a n d e n s i n d .

Vorsatz bedeutet somit das Wissen um das Vorliegen der positiven Tatumstände, hinsichtlich der negativen Tatumstände ist k e i n e V o r s t e l l u n g erforderlich. Wer also einen Menschen tötet, ohne daß ein Unrechtsausschliessungsgrund eingreift, muß lediglich die Umstände des positiven Tatbestandes, also die Umstände, die den Tatbestandsmerkmalen des Tattypus der Tötung entsprechen, kennen, über das Nichtvorliegen negativer Tatumstände ist k e i n e V o r s t e l l u n g erforderlich[1].

Die Behauptung, daß nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen der Täter sich im Augenblick der Tat die Abwesenheit sämtlicher Umstände, die die Tat rechtfertigen könnten, vorstellen müsse, wenn ihm Vorsatz zur Last gelegt werden soll, ist bereits von Radbruch widerlegt worden.[2] Die Reaktion des Vorsatzes auf positive und negative Tatumstände hat ja, wie wir gesehen haben, nicht g l e i c h sondern e n t s p r e c h e n d zu erfolgen, denn beide sind wohl Tatumstände, aber nicht g l e i c h e Tatumstände. Bei den negativen Tatumständen darf das Minuszeichen nicht nur auf der einen Seite der Gleichung sondern es muß auf beiden Seiten eingesetzt werden, weil dem Vorsatz in Bezug auf negative Tatumstände eine n e g a t i v e Funktion zukommt.[3] Daß diese Vorsatzauslegung ein Bruch mit

---

1) Ebenso für negative Tatumstände im weiteren Sinn (neg. Elemente in den Tatbeständen des bes. Teiles des StGB) v.Weber, Mezger-Festschrift S. 184, hiergegen Welzel ZStW 67/209 ff, vgl. auch Arthur Kaufmann JZ 54/657 A. 38, Armin Kaufmann, JZ 55/37.

2) Frank-Festgabe I S. 164.

3) "mathematischer" Schluß Arthur Kaufmanns (JZ 56/357). Wegen dieser negativen Funktion ist die Bezeichnung

der traditionellen Vorsatzauffassung ist[1], ist unrichtig, denn wir haben dieses Ergebnis ja gerade unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Vorsatzes gefunden. Die "scheinbar gleiche Reaktion auf positive und negative Tatbestandsmerkmale wäre gerade eine n i c h t entsprechende Reaktion, sie würde die negativen Tatbestandsmerkmale in positive Tatbestandsmerkmale mit negativem Inhalt verkehren, die Abwesenheit eines Tatumstandes in den Tatumstand seiner Abwesenheit verwandeln".[2]

Vorsatz bedeutet also die Vorstellung vom Vorliegen der positiven und die mangelnde Vorstellung vom Vorliegen negativer Tatumstände. Der Vorsatz läßt sich so - dem Unrechtstatbestand entsprechend - in einen positiven und in einen negativen Teil aufgliedern. Der positive Teil korrespondiert mit dem positiven, der negative Teil mit dem negativen Tatbestand.

b) Der Irrtum bei negativen Tatumständen

Als nächster Punkt der Untersuchung ist nun die Frage zu beantworten, welchen Inhalts der I r r t u m im negativen Tatbestand ist. Auszugehen ist dabei von dem Ergebnis unserer a l l g e m e i n e n Prüfung des Wesens des Irrtums. Wir haben erkannt, daß der Irrtum im Strafrecht lediglich insofern bedeutsam ist, als er den Vorsatz ausschließt, wir haben ihn als die N e g a t i o n d e s V o r s a t z e s, als dessen Kehrseite erkannt. Die Negation der Kenntnis ist die U n kenntnis. Deshalb kamen wir zu dem Ergebnis, daß im Bereich des positiven Tatbestandes bereits die U n k e n n t n i s e i n e s T a t u m s t a n d e s das Vorliegen des vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtums zur Folge hat.

"einschränkende" Tatbestandsmerkmale (Engisch,Unters. S.11) nicht glücklich gewählt, da sie dem negativen Charakter der negativen Tatbestandsmerkmale nicht Rechnung trägt. Vgl. hierzu die Argumentation Armin Kaufmanns JZ 55/38.

1) Armin Kaufmann, JZ 55/38
2) Radbruch aaO.

Nun kann ohne Zweifel die Unkenntnis, also das Fehlen der Vorstellung bei negativen Tatumständen, den Irrtum nicht begründen, vielmehr liegt in diesem Fall, wie wir gesehen haben, ja gerade Vorsatz vor. Welchen Inhalt hat also der Irrtum im Bereich des negativen Tatbestandes ?

Ausgangspunkt unserer Überlegung muß wiederum das Begreifen des Irrtums als die Negation des Vorsatzes sein. Vorsatz aber bedeutet bei negativen Tatumständen das Nichtvorhandensein der Vorstellung von ihrem Vorliegen. Infolgedessen ergibt hier die Negation: Ein Irrtum liegt vor, wenn die negativen Tatumstände im Vorstellungsbild des Täters v o r h a n d e n sind. Für den Irrtum über n e g a t i v e Tatumstände ist also die p o s i t i v e A n n a h m e ihres V o r l i e g e n s erforderlich.

Auch hier wird die Richtigkeit dieses Ergebnisses bestätigt, wenn wir den Irrtum als die N i c h t übereinstimmung des Tatbildes mit dem Vorstellungsbild des Täters betrachten, wie wir ihn in unserer bisherigen Untersuchung erkannt haben. Das Tatbild der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes enthält nicht die Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes, das Vorstellungsbild des Täters aber enthält sie. Tatbild und Vorstellungsbild des Täters stimmen also dann nicht überein, wenn bei vorliegendem Unrechtstatbestand der Täter sich das Vorliegen der Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes positiv vorstellt. Ein Irrtum liegt also dann vor, wenn der Täter, der einen Menschen tötet, die T a t u m s t ä n d e für gegeben erachtet, die für das Vorliegen der Notwehr erforderlich wären.

Stimmt dieses Ergebnis aber mit der These überein, daß ein Tatbestandsirrtum schon bei einem Irrtum über e i n e n Tatumstand anzunehmen ist? Im negativen Tatbestand muß sich ja der Irrtum auf a l l e Tatumstände beziehen, der Täter m u ß i r r t ü m l i c h a l l e T a t u m s t ä n d e e i n e s U n r e c h t s a u s s c h l i e ß u n g s g r u n d e s f ü r v o r h a n d e n h a l t e n .

Daß dieses Ergebnis mit den bisherigen Erkenntnissen über-

einstimmt, ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Vorsatz bedeutet, wie wir erkannt haben, das übereinstimmende Nichtvorhandensein von negativen Tatumständen und das übereinstimmende Vorhandensein von positiven Tatumständen, er bedeutet das übereinstimmende Vorhandensein des Unrechtstatbestandes im Tatbild und im Vorstellungsbild des Täters, das übereinstimmende V o r h a n d e n s e i n der T a t u m s t ä n d e des U n r e c h t s t a t b e s t a n d e s . Die Tatumstände des Unrechtstatbestandes sind noch dann vorhanden, wenn - bei vorliegenden positiven Tatumständen - e i n negativer Tatumstand nicht gegeben ist, denn a l l e T a t u m s t ä n d e e i n e s U n r e c h t s a u s s c h l i e ß u n g s g r u n d e s müssen vorhanden sein, damit der Unrechtstatbestand entfällt.

Die Tatumstände des Unrechtstatbestandes sind aber auch im Vorstellungsbild des Täters noch dann vorhanden, wenn alle negativen Tatumstände b i s a u f e i n e n in seiner Vorstellung bestehen. Das übereinstimmende Vorliegen des Unrechtstatbestandes in Vorstellungsbild und Tatbild und damit der Vorsatz ist also nur dann ausgeschlossen, wenn die Vorstellung des Täters a l l e Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes umfaßt, denn erst dann enthält sein Vorstellungsbild nicht mehr den Unrechtstatbestand, Tatbild und Vorstellungsbild des Täters stimmen nicht mehr überein. Für den Tatbestandsirrtum im n e g a t i v e n Tatbestand ist es also erforderlich, daß sich der Täter a l l e Tatumstände, die den Tatbestandsmerkmalen eines Unrechtsausschließungsgrundes entsprechen, p o s i t i v als vorhanden vorstellt.

Wie sich beim Vorsatz aus dem Wesen der negativen Tatbestandsmerkmale ergeben hat, daß das Nichtwissen um negative Tatbestandsmerkmale für den Vorsatz genügt, wobei dieses Ergebnis, wie gezeigt wurde, gerade der traditionellen Vorsatzlehre entspricht, so hat sich entsprechend nun beim Irrtum aus dem Wesen der strafrechtlichen Irrtumslehre als Kehrseite, als Negation des Vorsatzes ergeben, daß der Täter, um die Irrtumsvoraussetzungen zu erfüllen, p o s i -

t i v das Vorliegen a l l e r negativen Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes a n n e h m e n muß.

Für den Fall des objektiv vorhandenen Unrechtstatbestandes haben wir somit für Vorsatz und Irrtum folgende Fälle zu unterscheiden:

aa) I m p o s i t i v e n T a t b e s t a n d :
  aaa) Kenntnis aller Tatumstände: Vorsatz,
  bbb) Keine Vorstellung von e i n e m Tatumstand: Irrtum,
  ccc) Annahme (fälschliche) des Nichtvorhandenseins eines Tatumstandes: Irrtum.

bb) I m n e g a t i v e n T a t b e s t a n d :
  aaa) Wissen um das Nichtvorliegen eines Tatumstandes: Vorsatz,
  bbb) Keine Vorstellung vom Vorhandensein e i n e s Tatumstandes: Vorsatz
  ccc) Annahme des Vorliegens a l l e r Tatumstände: Irrtum.

c) Normative Tatumstände im negativen Tatbestand

Wie im positiven Tatbestand treten auch im negativen normative Tatbestandselemente auf. Wir müssen deshalb auch im negativen Tatbestand zwischen Tatirrtum und Subsumtionsirrtum als den zwei Unterarten des Tatbestandsirrtums unterscheiden. Die Unterscheidung des Subsumtionsirrtums vom Verbotsirrtum ist auch im negativen Tatbestand, wie wir später sehen werden, möglich.[1] Die besonderen Probleme der normativen Tatumstände im negativen Tatbestand werden im zweiten Teil der Arbeit an Hand der einzelnen Unrechtsausschließungsgründe untersucht. Hier ist vorerst nur festzuhalten, daß unter Tatbestandsirrtum sowohl der T a t i r r t u m wie der S u b s u m t i o n s i r r t u m i m p o s i t i v e n wie im n e g a t i v e n Tatbestand zu verstehen ist.

4.) Die Fälle des Verbotsirrtums

Nachdem nun alle Erscheinungsformen des Tatbestandsirrtums

1) Vgl. Busch, Mezger-Festschrift, S. 180.

im positiven und negativen Tatbestand aufgeführt und in ihrem Inhalt bestimmt sind, sollen auch kurz die Fälle des Verbotsirrtums im positiven und negativen Tatbestand zusammengestellt werden.

Wenn wir am Anfang der Arbeit festgestellt haben, daß die materielle Rechtswidrigkeit eine Eigenschaft der Gesamttat, ein Urteil über die Verwirklichung des Unrechtstatbestandes ist, so müßte das - so will es scheinen - dazu führen, daß eine Unterscheidung des Verbotsirrtums nach positivem und negativem Tatbestand nicht möglich ist, denn als Verbotsirrtum haben wir ja den Irrtum über diese Rechtswidrigkeit der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes erkannt. Wie aber könnte sich ein solcher Irrtum über die Rechtswidrigkeit der G e s a m t t a t, die doch eine einzige Eigenschaft der Tat ist, nach positivem und negativen Tatbestand unterscheiden lassen? In der Tat handelt es sich bei dem Verbotsirrtum im positiven und im negativen Tatbestand auch um den gleichen Irrtumsgegenstand, eben um die Rechtswidrigkeit der Gesamttat. Trotzdem kann dieser Irrtum sich einmal auf den positiven Teil ein anderes mal auf den negativen Teil des Unrechtstatbestandes gründen. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Wie der Tatbestandsirrtum nur insofern strafrechtlich bedeutsam ist, als er den Vorsatz beseitigt, so interessiert der Verbotsirrtum nur insofern, als er das Bewußtsein des Täters von der Rechtswidrigkeit ausschließt. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist bei dem Täter bereits dann nicht vorhanden, wenn er sich trotz der Kenntnis der p o s i t i v e n Tatumstände[1] keine Vorstellung von der Rechtswidrigkeit, dem Unrecht der Tat macht. Das mangelnde Bewußtsein der Rechtswidrigkeit genügt so bereits für das Vorliegen des Verbotsirrtums, die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des Verhaltens ist nicht erforderlich. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist ja z.B. bei dem Täter, der an einem Geheimbund im Sinne von § 128 StGB teilnimmt, in dem unbedingter

---

1) Andernfall liegt ja ein Tatbestandsirrtum vor.

Gehorsam gegen bekannte Obere versprochen wird, nicht nur dann ausgeschlossen, wenn er glaubt rechtmäßig zu handeln, weil eine solche Norm gegen die Vereinigungsfreiheit verstoße, sondern auch dann, wenn er sich überhaupt keine Vorstellung darüber macht, daß sein Verhalten rechtswidrig sein könnte.

Für den negativen Tatbestand kann nun wegen des gleichen Gegenstandes des Verbotsirrtums nichts anderes gelten, als daß auch hier die mangelnde Vorstellung von der Rechtswidrigkeit das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließt. Der Unterschied zum positiven Tatbestand besteht aber darin, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auf Grund des positiven Tatbestandes ja in diesem Fall erst einmal v o r h a n d e n ist.[1] Der Täter weiß, daß die Verwirklichung des positiven Tatbestandes rechtswidrig ist, er glaubt jedoch, diese Rechtswidrigkeit sei in der konkreten Interessenlage ausgeschlossen. Der Ausschluß des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit kann also im negativen Tatbestand nur dadurch erfolgen, daß sich der Täter den Ausschluß der Rechtswidrigkeit trotz seines Wissens um das Nichtvorliegen der Tatumstände eines anerkannten Unrechtsausschließungsgrundes[2] positiv vorstellt. Besteht der Verbotsirrtum im Bereich des positiven Tatbestandes darin, daß der Täter keine Vorstellung von der Verletzung einer Sollensnorm hat, so ergibt er sich im negativen Tatbestand daraus, daß der Täter wegen einer Fehlvorstellung über das Zusammenspiel von Sollensnorm und Dürfensnorm eine Verletzung der aus dem richtig gesehenen Zusammenspiel dieser Normen sich ergebenden endgültigen Verhaltensnorm für die konkrete Interessenlage nicht für gegeben hält.

Als Beispiel kann hier wieder der Fall des Passanten dienen, der - in der Ü b e r z e u g u n g r e c h t m ä ß i g z u h a n d e l n - ein ungezogenes Kind auf der Straße

---

1) Ist das nicht der Fall, dann liegt der Verbotsirrtum bereits im positiven Tatbestand vor.
2) Sonst läge ein Tatbestandsirrtum vor.

züchtigt, weil er glaubt, seine Tat sei wegen eines allgemeinen Züchtigungsrechtes ungezogenen Kindern gegenüber nicht rechtswidrig, kein Unrecht.

Als Verbotsirrtum über die materielle Rechtswidrigkeit der Tat können wir also zwei Fälle unterscheiden:

a) Den Verbotsirrtum im positiven Tatbestand durch die mangelnde Vorstellung von der Rechtswidrigkeit der Tat und
b) den Verbotsirrtum im negativen Tatbestand durch die Vorstellung von der mangelnden Rechtswidrigkeit der Tat.

Eine besondere Untersuchung der Fälle des Verbotsirrtums über die formelle Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich, weil dieser Irrtum nur insoweit von Bedeutung ist, als durch ihn auch das Bewußtsein der materiellen Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird, wenn also der Täter auf Grund des Irrtums über das Verbotensein auch über das "Unrechtsein" irrt. In diesem Falle aber gelten die oben für den Verbotsirrtum über die mangelnde materielle Rechtswidrigkeit entwickelten Grundsätze, denn dann liegt der relevante Irrtum über die materielle Rechtswidrigkeit der Tat vor.

5.) Der umgekehrte Irrtum

Von der Zusammenstellung aller im positiven und negativen Tatbestand möglichen Irrtumsfälle ist noch eine andere Form des Irrtums im strafrechtlichen Bereich zu erörtern, nämlich der Fall des Irrtums zu Ungunsten des Täters, der "umgekehrte" Irrtum. Ein solcher liegt dann vor, wenn objektiv die Tatumstände des Unrechtstatbestandes nicht vollständig vorhanden sind, der Täter ihr Vorhandensein aber annimmt. Nicht das Tatbild wohl aber das Vorstellungsbild des Täters enthält hier alle Tatumstände des Unrechtstatbestandes.
Diese Erscheinung wird von der herrschenden Lehre und Recht-

sprechung als untauglicher Versuch behandelt.[1]

Die Funktion des Irrtums ist hier nicht die rein negative, den Vorsatz auszuschließen. Hier handelt es sich im Gegenteil darum, zu klären, welche Wirkung es hat, wenn lediglich im Vorstellungsbild des Täters die Tatumstände eines Unrechtstatbestandes vorhanden sind, tatsächlich aber der Unrechtstatbestand gar nicht verwirklicht wird. Die Funktion des Vorsatzes ist hier also eine positive, denn er ist ja der einzige Punkt, an den eine Bestrafung anknüpfen könnte, weil objektiv keine Interessenverletzung vorliegt.[2] Die Funktion des umgekehrten Irrtums ist es, den Versuchsvorsatz zu b e g r ü n d e n . Hier ist also unter Irrtum tatsächlich das zu verstehen, was er dem Wortsinne nach bedeutet, nämlich eine F e h l v o r s t e l l u n g , der Fall der mangelnden Vorstellung ist beim umgekehrten Irrtum ohne Interesse.

Der umgekehrte Irrtum und damit der Versuchsvorsatz des Täters liegt somit dann vor, wenn sich der Täter die Tatumstände des positiven Tatbestandes - und hier nun wieder a l l e Tatumstände - als vorhanden vorstellt. Als Beispiel kann hier der bekannte Fall des Mannes dienen, der bei der Jagd den Rücken eines Wildschweines für den seines persönlichen Feindes halt und in Tötungsabsicht darauf schießt.

Welche Folge hat nun die positive Funktion des umgekehrten Irrtums im n e g a t i v e n Tatbestand? Erforderlich ist, wie wir gesehen haben, die Vorstellung vom Vorliegen der Tatumstände des Unrechtstatbestandes, das Vorhandensein seiner Tatumstände im Vorstellungsbild des Täters. Das führt aber nicht dazu, die positive Vorstellung vom Nichtvorliegen der negativen Tatumstände für den umgekehrten Irrtum zu fordern, vielmehr stellt sich ja der Täter auch bei f e h l e n -

---

1) Subjektive Versuchstheorie: RGSt 1/439 (442,443) (ständige Rechtsprechung), BGHSt 1/13(17), 2/74(76), 3/248, 9/263, ständige Rechtsprechung, Welzel, Lehrb.S.158, Maurach I S. 438 ff mit Literaturnachweisen.

2) Wegen des Fehlens der Interessenverletzung muß eine S t r a f b a r k e i t des untauglichen Versuches, die nur an den Willen des "Täters" anknüpfen könnte, fraglich erscheinen.

der Vorstellung vom Vorliegen der negativen Tatumstände positiv die Tatumstände eines Unrechtstatbestandes als gegeben vor, weil er die positiven Tatumstände kennt und so den Unrechtstatbestand auf Grund dieser Kenntnis für vorhanden, für erfüllt ansieht. Sein Vorstellungsbild enthält den vollständigen Unrechtstatbestand in allen seinen Tatumständen, also die vollständige Verwirklichung des Unrechtstatbestandes, die ja dann vorliegt, wenn die positiven Tatumstände vorhanden sind, die negativen aber nicht. So führt beim umgekehrten Irrtum die mangelnde Vorstellung vom Vorhandensein negativer Tatumstände (wenn sie objektiv vorhanden sind) zur Bejahung des Irrtums und damit des Versuchsvorsatzes[1], die positive Annahme ihres Nichtvorhandenseins ist nicht erforderlich. Als Beispiel dient uns hier der Fall, daß der Täter, der einen Menschen tötet, nicht weiß, daß sein Opfer seinerseits die Pistole in der Tasche auf ihn angelegt hatte und gerade abdrücken wollte. Hier liegt schon bei der mangelnden Vorstellung von dem Angriff der umgekehrte Irrtum und damit der untaugliche Versuch vor.[2]

Als weitere Erscheinungsform des umgekehrten Irrtums begegnet uns der Fall, daß der Täter trotz richtiger Kenntnis der positiven Tatumstände (daß nämlich die positiven Tatumstände nicht vorliegen) beziehungsweise trotz richtiger Kenntnis der negativen Tatumstände (daß diese nämlich vorliegen) seine Tat im ersten Fall für rechtswidrig gehalten, im zweiten Fall vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit keine Vorstellung gehabt und so ebenfalls seine Tat für rechtswidrig

---

1) "Die Lehre freilich, die im Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund stets einen Verbotsirrtum sieht, müßte folgerichtig in diesem Falle ein strafloses Wahndelikt annehmen", v.Weber JZ 51/263.

2) Daß der Täter, der einen Menschen töten will und ihn tatsächlich tötet, nur einen untauglichen Versuch begehen soll, erscheint nur dann unrichtig, wenn man den Tatbestand nicht als Unrechtstatbestand versteht. Den Unrechtstatbestand vollendet der Täter jedoch nicht, dieser liegt nur in seinem Vorstellungsbild vor.

gehalten hat.

Hier muß folgende Überlegung zum richtigen Ergebnis führen: Die Anwendung der Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum ist auch auf dem Gebiete des umgekehrten Irrtums möglich, denn auch bei ihm kann in gleicher Weise wie beim Irrtum zugunsten des Täters der Irrtum über Tatumstände von dem Irrtum über die Rechtswidrigkeit unterschieden werden. Aus unserer Untersuchung können wir die generelle Folge ziehen, daß der Tatbestandsirrtum für den Vorsatz von Bedeutung ist - nicht nur für den Vorsatzausschluß sondern auch für die Vorsatzbegründung beim umgekehrten Irrtum. Infolgedessen kann die Vorsatzbegründung für den untauglichen Versuch nur beim umgekehrten Tatbestandsirrtum eintreten. Irrt der Täter im Bereich des umgekehrten Irrtums nicht über Tatumstände sondern über die Rechtswidrigkeit, dann befindet er sich im umgekehrten Verbotsirrtum, es liegt ein Wahnverbrechen vor.

Im Bereich des positiven Tatbestandes ist dieser Fall dann gegeben, wenn der "Täter" ein Verhalten trotz Kenntnis aller Umstände für rechtswidrig hält, das von der Rechtsordnung nicht als rechtswidrig im Sinne der Unrechtstatbestandsverwirklichung angesehen wird, so wenn zum Beispiel ein Schuldner die Schuld böswillig nicht pünktlich zahlt und dieses Verhalten für strafrechtliches Unrecht hält.

Im Bereich des negativen Tatbestandes liegt ein Wahnverbrechen dann vor, wenn der "Täter" alle Umstände des Unrechtsausschlusses kennt, sich gleichwohl aber keine Vorstellung vom Ausschluß der Rechtswidrigkeit macht und sein auf Grund der Kenntnis der positiven Tatumstände erlangtes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit deshalb behält. Hier ist beispielsweise an den Fall zu denken, daß eine Mutter glaubt, nur dem Vater stehe das Züchtigungsrecht zu, gleichwohl aber ihr ungezogenes Kind züchtigt.

Der Tatbestandsirrtum hat also beim umgekehrten Irrtum die Begründung des Vorsatzes für den untauglichen

V e r s u c h zur Folge, der Verbotsirrtum führt zu der Erscheinung des Wahnverbrechens,[1] denn das Vorstellungsbild des "Täters" wird von der Rechtsordnung nicht als Verwirklichung eines Unrechtstatbestandes gewertet.[2]

Zur strafrechtlichen Erheblichkeit und Behandlung des Wahnverbrechens ist damit nichts gesagt, wie es ja überhaupt nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, die Wirkung des Verbotsirrtums zu untersuchen. Es ist lediglich die Grenze zwischen dem untauglichen Versuch - als dem umgekehrten Irrtum über Tatumstände - und dem Wahnverbrechen - als dem umgekehrten Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Gesamtvorganges - gezogen. Es ist ebenfalls nicht zu der Strafbarkeit des untauglichen Versuches Stellung bezogen worden. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen erfordert auch keine Stellungnahme. Für sie ist lediglich von Bedeutung, daß die Erscheinung des umgekehrten Irrtums im positiven wie im negativen Tatbestand auftaucht und zu einander genau entsprechenden Ergebnissen führt.

6.) Übersicht über die möglichen Irrtumsfälle

Wir sind nun in der Lage, die Fälle des Tatbestands- und Verbotsirrtums im positiven und negativen Tatbestand in einer Übersicht zusammenzustellen:

a) Die Fälle des Tatbestandsirrtums:

aa) Im positiven Tatbestand:
K e i n e V o r s t e l l u n g vom Vorliegen e i n e s Tatumstandes.

aaa) Tatirrtum (der Täter weiß nicht, daß der Gegenstand, auf den er schießt, ein Mensch ist),

bbb) Subsumtionsirrtum (der Täter weiß nicht, daß das Schriftstück, das er fälscht, Bedeutung und Vertrauen im sozialen Leben genießt).

---

1) Zur Abgrenzung des Wahnverbrechens vom untauglichen Versuch vgl. RGSt. 24/91, 58/3o2, 6o/25, BGHSt 2/74.
2) v.Weber JZ 51/263: Das Vorstellungsbild des Täters wird vom Gesetz nicht als strafbare Handlung gewertet, vgl. auch RGSt 72/112.

bb) Im negativen Tatbestand:
P o s i t i v e A n n a h m e des Vorliegens a l l e r Tatumstände.

aaa) Tatirrtum (der Täter, der einen Menschen tötet, glaubt sich von diesem angegriffen),

bbb) Subsumtionsirrtum (der Soldat glaubt, die Aufforderung zum Meineid durch den Vorgesetzten sei ein rechtmäßiger "Befehl").

b) Die Fälle des Verbotsirrtums.

aa) Im positiven Tatbestand:
K e i n e V o r s t e l l u n g von der Rechtswidrigkeit
(der Teilnehmer an einem Geheimbund, in dem bekannten Oberen unbedingter Gehorsam versprochen wird, macht sich keine Gedanken darüber, daß er sich damit rechtswidrig verhält).

bb) Im negativen Tatbestand:
P o s i t i v e A n n a h m e des Unrechtsausschlusses
(der Passant auf der Straße glaubt, ein ungezogenes fremdes Kind züchtigen zu dürfen).

Die gleiche Übersicht können wir auch für die Fälle des umgekehrten Irrtums aufstellen:

a) Die Fälle des Tatbestandsirrtums.

aa) Im positiven Tatbestand:
P o s i t i v e A n n a h m e des Vorliegens a l l e r Tatumstände.

aaa) Tatirrtum (der Täter schießt auf den Rücken eines Wildschweines in der Annahme, es sei der eines Menschen),

bbb) Subsumtionsirrtum (der Täter nimmt an, der Spielgeldschein, den er verfälscht, genieße Vertrauen und Bedeutung im sozialen Leben).

bb) Im negativen Tatbestand:
K e i n e V o r s t e l l u n g über das Vorliegen e i n e s Tatumstandes.

aaa) Tatirrtum (der Täter weiß nicht, daß der Mensch, auf den er schießt, seinerseits eine Schußwaffe in der Tasche auf ihn angelegt hat),

bbb) Subsumtionsirrtum (der Soldat hat keine Vorstellung darüber, daß die Aufforderung seines Vorgesetzten, der ihn während eines Manövers zu einer Übertretung der Straßenverkehrsordnung veranlaßt, ein rechtmäßiger B e f e h l ist).

b) Die Fälle des Verbotsirrtums.

aa) Im positiven Tatbestand:
P o s i t i v e A n n a h m e der Rechtswidrigkeit ("Täterin" hält die lesbische Liebe für strafrechtliches Unrecht).

bb) Im negativen Tatbestand:
K e i n e V o r s t e l l u n g von dem Ausschluß der Rechtswidrigkeit
(die Mutter, die ihr ungehorsames Kind schlägt, weiß nicht, daß nicht nur dem Vater sondern auch ihr ein Züchtigungsrecht zusteht).

Damit sind im positiven und negativen Tatbestand alle Fälle des Irrtums und des umgekehrten Irrtums über Tatumstände und über die materielle Rechtswidrigkeit der Tat zusammengestellt. Wir können aus ihr entnehmen, daß die Gegenüberstellung von positivem und negativem Tatbestand einander vollkommen entsprechende Ergebnisse zeitigt. Hieraus folgern wir die Berechtigung, v o n d e r d o g m a t i s c h e n Ü b e r e i n s t i m m u n g d e s E r g e b n i s s e s a u f d i e R i c h t i g k e i t d e r L e h r e v o n d e n n e g a t i v e n T a t b e s t a n d s m e r k m a l e n z u s c h l i e ß e n . Die Überprüfung der praktischen Ergebnisse an Hand der angeführten Beispiele ergibt darüberhinaus, daß die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen auch zu in der praktischen Folge billigen und g e r e c h t e n Ergebnissen führt. So stellt sich die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen als dogmatisch richtig und im praktischen Ergebnis gerecht heraus.

Also hat sich die Tatbestandslehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen auch in der Überprüfung an den Problemen des Irrtums als richtig erwiesen.

VI Die Abgrenzung der Tatbestandsmerkmale von anderen Verbrechenselementen

1.) Die Abgrenzung im positiven Tatbestand

Im positiven Tatbestande ist die Entwicklung im Gange, die sich bemüht, die genauen Grenzen des Tatbestandsirrtums zu bestimmen. Nach allgemeiner Überzeugung sind die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und die Prozeßvoraussetzungen aus dem Tatbestand auszuscheiden, denn beide sind für die Rechtswidrigkeit der Tat, wie wir sehen werden, ohne Bedeutung. Der Vorsatz muß sich folglich nicht auf sie erstrekken, sie können nicht Gegenstand des Tatbestandsirrtums sein. Untersuchungen über Blankettgesetze haben ergeben, daß die Elemente der Ausfüllungsnormen Tatbestandsmerkmale sind.[1] Über die von Welzel aufgestellte Kategorie der speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale[2] herrscht Streit, auf den noch näher einzugehen sein wird. Daß die Wertung der einzelnen normativen Tatbestandsmerkmale in der Form der laienhaften Parallelwertung des jeweiligen normativen Tatumstandes zum Vorsatz zu fordern ist, ein Irrtum durch Fehlwertung daher ein Tatbestandsirrtum ist, ist absolut herrschende Ansicht.[3] Überwiegende Meinung[4] ist auch, daß die Unterscheidung der Wertung eines normativen Tatumstandes von der Wertung der Gesamttat m ö g l i c h ist, also die Unterscheidung von Subsumtionsirrtum und Verbotsirrtum.

2.) Abgrenzungsfragen im negativen Tatbestand

Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Abgrenzung des Tatbestandirrtums im negativen Tatbestand vorzunehmen. Wenn hierbei

---

1) Warda, JR 5o/55o, Welzel MDR 52/586, vgl. früher RGSt 55/138 (141 f).
2) Vgl. die Nachweise Seite 7 A.2
3) Vgl. BGHSt 4/343 und Busch,Mezger-Festschr.S.168.
4) Vgl. Busch, Mezger-Festschrift S. 169 ff.

die entsprechenden Probleme auftauchen wie im positiven Tatbestand und die entsprechenden Ergebnisse erzielt werden, dann hat sich die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen auch vom Ergebnis her gesehen als richtig erwiesen. Wie im positiven so sind auch im negativen Tatbestand zunächst die Fälle der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und der Prozeßvoraussetzungen als Gegenstand des Tatbestandsirrtums auszuscheiden, da diese Elemente nicht Tatbestandsmerkmale sind, ein Irrtum in diesem Bereich daher nicht ein Irrtum über einen Tatumstand sein kann. Weiter wird die Abgrenzung des Tatbestandsirrtums - besonders in der Form des Subsumtionsirrtums bei normativen Tatumständen - vom Verbotsirrtum zu prüfen sein. Hierbei ist auch das Problem der speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmale zu untersuchen. Schließlich wird noch das Problem der subjektiven Elemente des Unrechtsausschlusses erörtert werden müssen.

Es erscheint zweckmässig, die genannten Begriffe, mit deren Auftreten im negativen Tatbestand zu rechnen ist, zu untersuchen - soweit nicht schon geschehen - , bevor in die Untersuchung der einzelnen Unrechtsausschließungsgründe eingetreten wird.

3.) Objektive Bedingungen der Strafbarkeit

Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind Verbrechensmerkmale, deren Vorliegen Voraussetzung für die Straffolge ist. Ob sie Tatbestandsmerkmale im Sinne eines weiteren Tatbestandsbegriffes sind, und zwar Tatbestandsmerkmale, die nicht zum Tatbestand im engeren Sinne (Unrechtstatbestand) gehören und deshalb nicht vom Vorsatz erfaßt werden brauchen, ist umstritten.[1] Streit besteht auch darüber, welche Merkmale tatsächlich objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind.[2]

---

1) Vgl. Nagler in Leip.Komm., 6.Aufl. Teil I, S.41 f, Rittler in Frank-Festgabe II S.4, Blume, Tatbestandskomplemente, S. 38 ff, Land, Strafbarkeitsbedingungen S. 22 f, 26, Mezger, Lehrbuch S. 177 ff, Leip.Komm I, S. 45, Beling, Grundzüge S. 18, Sauer in Mezger-Festschrift S. 118 ff, Frank Komm. S. 145.

2) Im einzelnen hierzu: Mezger in Leip.Komm I S. 45 f, Maurach I S. 215 ff.

Einigkeit herrscht jedoch darüber, daß sie nicht vom Vorsatz erfaßt zu werden brauchen und infolgedessen ein Irrtum in ihrem Bereich unerheblich ist.[1] Uneinigkeit besteht aber wieder über die für diese Arbeit entscheidende Frage, ob die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit für die Rechtswidrigkeit der Tat von Bedeutung sind.[2] Hiergegen hat neuerdings insbesondere Rittler[3] Stellung genommen und ausgeführt, daß es mit dem Grundsatz der Verschuldenshaftung unvereinbar ist, Merkmale der Tat aus dem Schuldzusammenhang herauszunehmen, die für die Rechtswidrigkeit der Tat von Bedeutung sind. Wie wir aus dem Schuldbegriff geschlossen haben, ist es die Aufgabe des Vorsatzes, dem Täter die Elemente seiner Tat bewußt zu machen, die das Unwerturteil über sie begründen. Diese Funktion kann der Vorsatz aber nicht erfüllen, wenn er dem Täter nicht das Wissen um alle für die Strafwürdigkeit erheblichen Umstände vermittelt. Als objektive Bedingungen der Strafbarkeit kommen daher nur Merkmale in Betracht, von denen die Rechtswidrigkeit der Straftat nicht abhängt. Wenn also im negativen Tatbestand im Laufe unserer Untersuchungen Merkmale auftauchen, die nicht mit dem Vorsatz des Täter korrespondieren sollen, dann ist Voraussetzung ihrer Qualifizierung als objektive Bedingung der Strafbarkeit, daß sie für die Rechtswidrigkeit der Tat ohne Bedeutung sind.

---

1) Frank, Komm. S. 145, Binding, Normen III S.187, Mezger in Leip.Komm. I S.45. Einigkeit besteht auch darüber, daß die obj. Bed. d.Strafbarkeit jedenfalls Verbrechensmerkmale sind, daß sie also dem materiellen Recht angehören, ihr Fehlen also zum Freispruch führt.

2) Hierfür: Nagler in Leip.Komm., 6.Aufl. S.41, Sauer in Mezger-Festschrift S.119 ff, Schönke-Schröder 7.Aufl. VIII 1,2 vor § 51 unterscheidet zwischen obj.Bed.d. Strafbarkeit (ohne Bedeutung f. d. Rechtswidrigkeit) u. Strafwürdigkeitsvoraussetzungen, die gleichwohl wegen ihrer besonders grundlegenden Bedeutung vom Vorsatz nicht erfaßt zu werden brauchen.

3) Lehrbuch S.69 ff, Frank-Festgabe II S. 15, ebenso Kantorowicz, Tat und Schuld S. 239 und OGH Br.Z.in SJZ 49/708. Vgl. auch die Ausführungen Drehers zum neuen Wehrstrafgesetz in JZ 57/396.

4.) Prozeßvoraussetzungen[1)]

Prozeßvoraussetzungen sind Verfahrensvorschriften, deren Vorliegen für die Durchführung eines Strafverfahrens und das Ergehen eines Sachurteils erforderlich ist. Ihre Regelung, die an sich in der Strafprozeßordnung am Platze wäre, ist jedoch teilweise auch im Strafgesetzbuch und hier nicht nur im allgemeinen Teil sondern auch bei den einzelnen Straftatbeständen erfolgt.[2)] Das ändert jedoch nichts an ihrer prozessualen Natur. Da sie nur die Verfolgungsmöglichkeit einer Straftat betreffen, ist bei ihrem Fehlen das Verfahren e i n z u s t e l l e n . Daß sich der Vorsatz nicht auf sie erstrecken muß, ergibt sich daraus, daß sie für die Rechtswidrigkeit der Tat ohne Bedeutung sind, ja daß sie nicht einmal Verbrechensmerkmale sind. Der Irrtum über das Vorliegen einer Prozeßvoraussetzung ist daher unerheblich. Er muß es folglich auch im negativen Tatbestand sein, wenn unsere Untersuchung ergibt, daß auch dort solche in Erscheinung treten.

5.) Subjektive Unrechtselemente.

a) Subjektive Unrechtselemente im positiven Tatbestand

Voraussetzung für das Auftauchen des Problems der subjektiven Unrechtselemente ist ein objektiver Rechtswidrigkeitsbegriff.[3)] Dieser hat sich unter Verwerfung der subjektiven Unrechtstheorie, bei der die Unrechtsfeststellung und das Schuldurteil zusammentraf, mit der Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld als herrschende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt.[4)]

Die Unterscheidung, daß alle objektiven Elemente zum Unrecht,

---

1) Siehe zum Problem der Prozeßvoraussetzungen Maurach I S. 217 (mit weiteren Nachweisen).
2) Z.B.: Eheauflösung nach § 17a Abs. 1 StGB (herrschende Meinung, RG 22/135 (137), Leip.Komm I S. 45), Ehescheidung bei Ehebruch nach § 172 StGB (bestritten), Nichtigerklärung der Ehe gem. § 238 StGB (bestritten).
3) Mezger, GS 89/233, vgl. Sieverts S. 4 ff.
4) vgl. Mezger, GS 89/208 - 233.

alle Elemente, die den Täter betreffen, zur Schuld zu zählen sind, hat sich jedoch in dieser strengen Form als zweifelhaft erwiesen.[1] Ein objektiv gleiches Tun kann, so behauptet die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, je nach der Einstellung des Täters zur Tat, einmal rechtmäßig ein andermal rechtswidrig sein.[2] Für das U n r e c h t einer Tat nicht erst für die S c h u l d des Täters könnten subjektive Elemente von Bedeutung sein. Diese Lehre ist durch H.A. Fischer, Hegler und vor allem von Mezger [3] entwickelt worden; sie ist in Literatur und Rechtsprechung herrschend.[4]

b) Subjektive Elemente im negativen Tatbestand
(subjektive Merkmale des Unrechtsausschlusses)

In der Literatur [5] wird die Ansicht vertreten, daß es für den Unrechtsausschluß nicht genügt, daß die objektiven Tatumstände des Unrechtsausschließungsgrundes vorhanden sind, auch nicht, daß der Täter um die negativen Tatumstände weiß, erforderlich soll vielmehr sein, daß der Täter aus eben der Z w e c k s e t z u n g h a n d e l t , a u s d e r d i e R e c h t s o r d n u n g d e n U n r e c h t s a u s s c h l i e ß u n g s g r u n d g e s c h a f f e n h a t.

Die Rechtsprechung hat überwiegend dieses Erfordernis nicht allgemein für a l l e Unrechtsausschließungsgründe aufgestellt, sondern sie hat besondere subjektive Elemente des Unrechtsausschlusses nur jeweils bei dem e i n z e l n e n Unrechtsausschließungsgrund angenommen.[6]

---

1) Vgl. zu dieser Frage Maihofer, der Unrechtsvorwurf in Rittler-Festschrift S. 141 ff.
2) Mezger, Lehrbuch S. 170, vgl. auch Mezger NJW 53/4.
3) GS. 89/207 ff, Lehrbuch S. 168 ff.
4) Siehe die Übersicht bei Mezger, Lehrb. S.170 A. 6 und bei Sieverts, subjektive Unrechtselemente S. 5 ff. Für eine r e i n objektive Unrechtsbegründung sind insb.Goldschmidt und Beling eingetreten. Für die praktische Bedeutung der Lehre v.d.subj.Unrechtselementen wird auf Hegler, Frank-Festgabe S. 317 ff verwiesen. Über die Gruppen von Delikten, bei denen subj. Unrechtselemente vorkommen, vgl. Mezger, Lehrbuch S. 172 f und Sieverts aaO. S. 140 ff.
5) Z.B. Maurach I S. 274, Welzel Lehrbuch S. 70 ff.
6) Vgl. RGSt 54/196(199), 61/400(401), 60/261(262), 66/1(3), 64/324(327), BGHSt 2/111(114).

Auch in der Literatur wird die Meinung vertreten, daß ein subjektives Element des Unrechtsausschlusses, nämlich der Wille, zu dem von der Rechtsordnung gebilligten Zweck zu handeln, nicht allgemein für alle Unrechtsausschließungsgründe anzuerkennen, sondern für jeden einzelnen Unrechtsausschließungsgrund das Vorliegen von besonderen subjektiven Unrechtsausschließungselementen zu untersuchen sei.[1] Nur diese einzelnen subjektiven Elemente des Unrechtsausschlusses betreffen unsere Untersuchung. Daß ein allgemeines Bewußtsein des Unrechtsausschlusses (und darüberhinaus die Absicht zum sozial gebilligten Zweck zu handeln) für diese Untersuchung im Bereich des Tatbestandsirrtums ohne Belang ist, ergibt sich aus den folgenden Überlegungen.

Für die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens ist das Vorliegen der positiven und das Fehlen der negativen Tatumstände erforderlich. Nicht als Tatbestandsmerkmal zum Tatbestand gehört jedoch das Unwerturteil der Rechtsordnung über die Gesamttat, also die Rechtswidrigkeit der Tat. Infolgedessen kann ebensowenig Tatbestandsmerkmal der Unrechtsausschluß der Tat sein, der sich als Urteil aus dem Vorliegen der negativen Tatbestandsmerkmale ergibt, denn er ist nichts anderes als die negative Ergänzung der Eigenschaft der positiven Rechtswidrigkeit, die aus dem Vorliegen der positiven Tatumstände folgt, zum endgültigen Urteil "nicht rechtswidrig".

Gehört aber der Unrechtsausschluß als Eigenschaft des Tatbestandes nicht zu seinen Merkmalen, so kann die mangelnde Vorstellung[2] vom Unrechtsausschluß nicht Vorsatzerfordernis sein, wenn man, wie wir es tun, unter Vorsatz die Kenntnis des Täters von den Tatumständen versteht.[3] Da der Unrechtsausschluß nichts anderes bedeutet

---

1) So Mezger aaO S.173 (Lehrbuch), GS 89/270 ff, Sieverts subjektive Unrechtselemente S. 199 ff.

2) Daß hier die mangelnde Vorstellung einzusetzen ist, ergibt sich aus der negativen Natur des Unrechtsausschlusses als Verbrechenselement

3) Es handelt sich hier um ein Wahnverbrechen.

als das Nichtvorliegen der Rechtswidrigkeit, das fehlende Unwerturteil, bedeutet die mangelnde V o r s t e l l u n g von dem Unrechtsausschluß somit die mangelnde Vorstellung vom Nichtvorliegen der Rechtswidrigkeit, das B e w u ß t s e i n des U n r e c h t s a u s s c h l u s s e s ist das B e w u ß t s e i n des N i c h t v o r h a n d e n s e i n s der R e c h t s w i d r i g k e i t . Verlangt man das Wissen um den Unrechtsausschluß, also das Wissen um das Nichtvorliegen der Rechtswidrigkeit, dann muß man auch das Wissen um das V o r l i e g e n der Rechtswidrigkeit (auf Grund der positiven Tatumstände) hinsichtlich des positiven Tatbestandes verlangen. Beide Teile des Unrechtstatbestandes haben ja die gleiche Bedeutung für die Rechtswidrigkeit der Tat, infolgedessen muß das B e w u ß t s e i n d e r R e c h t s w i d r i g k e i t auch die g l e i c h e B e h a n d l u n g erfahren, ob es sich nun um das B e w u ß t s e i n des V o r l i e g e n s d e r R e c h t s w i d r i g k e i t auf Grund der Kenntnis der positiven Tatumstände oder um das B e w u ß t s e i n v o m N i c h t v o r l i e g e n d e r R e c h t s w i d r i g k e i t auf Grund der Kenntnis der negativen Tatumstände handelt.

Verlangt man also für den U n r e c h t s a u s s c h l u ß das B e w u ß t s e i n dieses U n r e c h t s a u s s c h l u s s e s , dann müßte in entsprechender Weise auch das B e w u ß t s e i n der R e c h t s w i d r i g k e i t für die U n r e c h t s b e g r ü n d u n g gefordert werden, denn in beiden Fällen handelt es sich um das Wissen um die Eigenschaft des Geschehens. Damit aber wäre die Rückkehr zur Lehre von der s u b j e k t i v e n R e c h t s w i d r i g k e i t vollzogen, denn die Feststellung des U n r e c h t s der Tat würde so wieder mit der S c h u l d feststellung zusammenfallen. Wenn aber das Bewußtsein vom Unrechtsausschluß für seinen Eintritt nicht erforderlich ist, kann eine darüberhinausgehende Absicht, zum sozial gebilligten Zweck zu handeln, erst recht nicht Erfordernis des Unrechtsausschlusses sein, denn diese Absicht würde ja das Bewußtsein des Unrechtsausschlusses v o r a u s s e t z e n.

D i e A b s i c h t (oder auch nur das Bewußtsein) z u d e m g l e i c h e n Z w e c k zu handeln, auf Grund dessen die Rechtsordnung den betreffenden U n r e c h t s a u s s c h l i e ß u n g s g r u n d g e s c h a f f e n hat, kann somit n i c h t a l l g e m e i n e s s u b j e k t i v e s E l e m e n t d e s U n r e c h t s a u s s c h l u s s e s sein. Die einzelnen Unrechtsausschliessungsgründe sind deshalb lediglich daraufhin zu untersuchen, ob in ihnen b e s o n d e r e subjektive Elemente des Unrechtsausschlusses enthalten sind, ob also der Unrechtsausschluß bei dem betreffenden Unrechtsausschließungsgrund von einem besonderen subjektiven Element abhängig ist.

B Tatumstände und Tatbestandsirrtum bei einzelnen Unrechtsausschließungsgründen.

Im zweiten Teil der Arbeit sollen nun die für diese Untersuchung bedeutsamsten Unrechtsausschließungsgründe - die zum negativen Tatbestand werden, wenn sie im konkreten Fall für einen positiven Tatbestand in Betracht kommen - daraufhin untersucht werden, welche ihrer Elemente Tatbestandsmerkmale und damit Bezugsobjekte des Tatbestandsirrtums sind. Die Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum und die Qualifizierung etwaiger Elemente, die nicht Tatbestandsmerkmale sind, bilden die weiteren Ziele der folgenden Untersuchung.

VII Das System der Unrechtsausschließungsgründe [1]

Die Unrechtsausschließungsgründe sind zum Teil im Strafgesetzbuch geregelt, zum Teil finden sie sich in anderen Gesetzen und zum weiteren Teil haben sie keine gesetzliche Regelung gefunden, sondern sind als übergesetzliche Unrechtsausschließungsgründe von Lehre und Rechtsprechung anerkannt

1) Auf die Darstellung der Unrechtsausschließungsgründe bei Mezger, Leip.Komm I S. 334 ff, Studienb. S. 103 ff und Lehrbuch S. 207 ff wird zum Vergleich verwiesen.

worden.[1]

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, für alle Unrechtsausschließungsgründe ein einheitliches Prinzip zu suchen.[2] Es hat sich aber gezeigt, daß sich ein e i n h e i t l i c h e s Prinzip für alle Unrechtsausschließungsgründe nicht aufstellen läßt, jedenfalls nicht stets zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt. So lag die Lösung nahe, auf ein einheitliches Prinzip überhaupt zu verzichten und die Unrechtsausschließungsgründe systemlos darzustellen.[3] Als eine in der Konstruktion unanfechtbare Einteilung erscheint aber die Unterscheidung zwischen den Unrechtsausschließungsgründen der Interessenpreisgabe - also der Preisgabe des Rechtsgutes - und denen der Interessenwahrnehmung - also der Wahrung eines höheren Rechtsgutes auf Kosten eines geringeren.[4] Bei letzteren können wir unterscheiden zwischen solchen, die a) auf besonderen Handlungsrechten oder b) auf besonderen Handlungspflichten oder c) auf dem Güterabwägungsprinzip beruhen.[5] Dieser Einteilung soll in der folgenden Untersuchung einzelner Unrechtsausschließungsgründe gefolgt werden.

VIII Unrechtsausschließungsgründe, die auf dem Prinzip der Interessenpreisgabe beruhen

Die Einwilligung des Verletzten[6]

Aus dem Satze "volenti non fit iniuria" (D 47, 10, 1, § 5) des römischen Rechtes hat sich der Unrechtsausschließungsgrund der Einwilligung des Verletzten entwickelt.[7] Dieser

---

1) vgl. RGSt 63/215 (218)
2) Güterabwägungstheorie (Dohna), Zwecktheorie (v.Liszt-Schmidt, Welzel), Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip (Sauer), Quellennachweise bei Mezger, Lehrbuch S.2o5, vgl.auch Stratenwert,Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68/41 ff.
3) Vgl. Maurach I S. 267 f mit weiteren Quellenangaben.
4) Vgl. Maihofer, Rittler-Festschrift S. 151.
5) Vgl.Mezger, Lehrb.S.2o4 ff, GS 89/27o ff, STud.I S.1o9 f.
6) Nicht hierher gehört die Einwilligung, die schon den positiven Tatbestand ausschließt, z.B. in § 177 (vis haud ingrata), vgl. Welzel MDR 52/585.
7) Literaturnachweise bei Mezger, Lehrb. S. 2o7, Studienbuch I S.11o ff, Leip. Komm I S. 335 ff.

Grundsatz gilt jedoch nicht allgemein und für alle Straftaten. Voraussetzung ist vielmehr, daß der Einwilligende die Verfügungsmacht über das Rechtsgut hat, das vom Täter angegriffen wird.[1] Das ist aber nicht bei jedem Rechtsgut der Fall sondern nur dann, wenn durch das Strafgesetz nicht auch gleichzeitig öffentliche Interessen geschützt werden[2], das heißt, eine rechtlich relevante Einwilligung liegt nur dann vor, wenn der Träger des Handlungsobjekts und der Träger des Schutzobjekts eine Person sind.[3] Für den Unrechtsausschliessungsgrund der Einwilligung des Verletzten kommt also zum Beispiel der Ehebruch nicht in Frage, da in § 172 StGB die Ehe als sozialethische Einrichtung geschützt ist.[4] Weiter ist notwendig, daß der Einwilligende die erforderliche Urteilskraft für die Tragweite seiner Einwilligung hat.[5] Hierbei ist Alter und allgemeiner Geisteszustand des Einwilligenden nicht unbedingt maßgeblich,[6] sondern die konkrete Einsichtsfähigkeit [7] bei Erteilung der Einwilligung und bei Begehung der Tat.[8] Die Einwilligung muß schließlich in Freiheit erteilt sein[9], denn sie bedeutet das innere Einverständnis mit der Tat.[10] Die Tat muß also dem wahren Willen des Verletzten entsprechen.[11] Eine Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung verhindert daher die Wirksamkeit der Einwilligung.[12] Das

---

1) Mezger, Lehrbuch S. 213.
2) Welzel, Lehrbuch S. 79.
3) Mezger, Lehrbuch S. 214.
4) Welzel, Lehrbuch S. 79, sehr bestritten. Ebenso:Maurach, Lehrbuch II S. 361, RGSt 14/2o2(2o4). Für Erheblichkeit der Einwilligung z.B.Frank, Komm § 172 IV. Weitere Nachweise: Leip. Komm. I S. 338.
5) Herrschende Meinung, z.B. BGHSt 4/88, Schönke-Schröder III 6b vor § 51, Mezger, Lehrbuch S. 211, Welzel, Lehrbuch S. 79, Maurach I S. 299, RGSt 77/17(2o).
6) Mezger, Lehrbuch S. 211, BGHSt 4/88, Leip.Komm I S. 337.
7) Maurach, Lehrbuch I S. 299, RGSt 71/349(35o).
8) Mezger, Lehrbuch S. 212.
9) Mezger, Lehrbuch S.211, BGHSt 4/113(118).
1o) Welzel, Lehrbuch S. 79.
11) Leip.Komm. I S. 337, Schönke-Schröder § 226a II 1.
12) BGHSt 4/113(118). Daß die Einwilligung auch unwirksam ist, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt, ist selbstverständlich.

bedeutet, daß die irrtümliche, die durch Täuschung erschlichene und die durch Drohung erzwungende Einwilligung nicht den Unrechtsausschluß begründen können. Das muß auch dann gelten, wenn die Drohung von Seiten eines Dritten erfolgt, denn auch in diesem Falle ist der Einwilligende nicht in der Lage in freier Willensbildung über das Rechtsgut zu verfügen, wie es nach der Rechtsordnung Voraussetzung der Wirksamkeit der Einwilligung ist. Der Unrechtsausschluß tritt schließlich auch dann nicht ein, wenn die T a t trotz wirksamer Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. [1] Dieser allgemein für alle Fälle der Einwilligung geltende Satz [2] ergibt sich aus der analogen Anwendung von § 226 a StGB (der direkt nur bei der Einwilligung für Körperverletzungen gilt).

Darüber ob es für den Unrechtsausschluß genügt, daß die wirksame Einwilligung objektiv vorliegt, oder ob es erforderlich ist, daß der Täter die Einwilligung kennt, herrscht Streit. Die überwiegende Meinung läßt das objektive Vorliegen des Einverständnisses, die innere Zustimmung des Verletzten für den Unrechtsausschluß genügen [3], da sie die Einwilligung in dem rein psychischen Vorgang der Aufgabe des Willens, das Rechtsgut zu schützen, versteht. Die überwiegende Meinung kommt also zu dem Ergebnis, daß die Einwilligung wegen ihrer rein psychischen Natur ohne Kundgebung nach außen wirksam ist und deshalb auch ohne diese Kundgebung den Ausschluß der Rechtswidrigkeit herbeiführt. Als Folge dieser Auffassung braucht der Täter (für den U n r e c h t s - a u s s c h l u ß) die Einwilligung nicht zu kennen. Nach anderer Ansicht [4] ist die Kenntnis des Täters von der Einwilligung für den Eintritt des Unrechtsausschlusses erfor-

---

1) Herrschende Meinung, Maurach I S. 3o1, Mezger, Studienbuch, S. 112.
2) Herrschende Meinung, Maurach I S.3o1, Mezger, Studienbuch I S. 112, Welzel, Lehrb. S. 8o, vgl.BGHSt 4/24(31).
3) Willensrichtungstheorie: Z.B. Mezger GS 89/277 f, Studienbuch I S. 111, Lehrbuch S. 2o9, Leip.Komm. S.336.
4) Erklärungstheorie, Schönke-Schröder III 6 b vor § 51, Honig, die Einwilligung des Verletzten, Mannheim 1919 S.139 und S. 146 ff.

derlich, entweder weil die Einwilligung als empfangsbedürftige Willenserklärung aufgefaßt wird[1], oder weil ein allgemeines subjektives "Rechtfertigungselement" für alle Unrechtsausschließungsgründe, nämlich das "Bewußtsein zum Recht-Handeln"[2] für erforderlich gehalten wird.[3]

Die Elemente der Verfügungsmacht des Einwilligenden, seiner Urteilskraft über die Tragweite der Einwilligung und der mangelnden Sittenwidrigkeit der bewilligten Tat sind für die Rechtswidrigkeit der Tat von konstitutiver Bedeutung, denn sie sind für den Ausschluß der Wertung der Tat als rechtswidrig materiell relevant. Daß keines dieser Merkmale für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit ohne materielle Bedeutung ist, führt dazu, sie alle als negative Tatbestandsmerkmale anzusehen. Die irrige Vorstellung des Vorliegens der diesen Tatbestandsmerkmalen entsprechenden negativen Tatumstände schließt daher den Vorsatz aus.[4]

Zweifelhaft in seiner praktischen Brauchbarkeit könnte dieses Ergebnis hinsichtlich der Vorstellung des Täters von dem Einwilligenden als dem Träger des Rechtsgutes - als Verfügungsberechtigten über das Rechtsgut - erscheinen. Eine Gefahr könnte darin gesehen werden, daß dem Täter der Einwand, er habe angenommen, der Einwilligende sei zur Verfügung über das Rechtsgut berechtigt, kaum zu widerlegen wäre und deshalb in diesem Falle dem Täter der Vorsatz kaum zu beweisen wäre. Hier verhilft jedoch der Begriff der Parallelwertung in der Laiensphäre zu dem richtigen Ergebnis.

---

1) Insbes. Zitelmann, Archiv f.d.civ.Praxis 99 (1906), Heidelberg, S. 62 ff.

2) Maurach I S. 300. Was aber betrifft das anders als das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, also den Gegenstand des Verbotsirrtums.

3) Maurach I S. 300, Welzel, Lehrbuch S. 80, Niese, Finalität S. 18.

4) Richtig deshalb BGHSt 4/113(119), wenn dort ausgeführt wird, daß die irrige Vorstellung des Täters,die Einwilligung sei in Freiheit erteilt, den Vorsatz ausschließt. Richtig auch RGSt 71/349(350),daß die irrige Annahme der Urteilsfähigkeit des Einwilligenden den Vorsatz ausschließt. In beiden Fällen lag jedoch ein solcher Irrtum nicht vor.

Der Täter braucht ja den Begriff der Verfügungsbefugnis nicht juristisch richtig zu werten, die l a i e n h a f t e Parallelwertung bedeutet vielmehr hinsichtlich der Verfügungsbefugnis nichts anderes, als daß es für einen Irrtum des Täters erforderlich wäre, daß er annahm, der Einwilligende sei allein berechtigt, über die Unantastbarkeit der Ehe, das Leben, die Sicherheit des Rechtsverkehrs oder das sonstige nicht rein individuell beherrschte Rechtsgut zu bestimmen. Eine derartige Behauptung dürfte dem Täter bei allen Fällen leicht zu widerlegen sein, bei denen die Verfügungsmacht über das Rechtsgut dem Einwilligenden nicht zustand.

Ein subjektives Element des Unrechtsausschlusses ist bei der Einwilligung des Verletzten nicht ersichtlich. Die Kenntnis der Einwilligung ist nicht subjektives Unrechtselement. Daß die Begründung dieses Erfordernisses durch die Notwendigkeit eines für a l l e Unrechtsausschließungsgründe geltenden a l l g e m e i n e n subjektiven Unrechtselementes des Bewußtseins, nicht rechtswidrig zu handeln, nicht möglich ist, wurde bereits ausgeführt. Daß die Erklärungstheorie die Kenntnis der Einwilligung ebenfalls zu Unrecht verlangt, wird offenbar, wenn man erkennt, daß die Einwilligung das Objekt der Verletzung untauglich macht.[1] Durch den Verzicht des Verletzten ist nämlich in dem besonderen Fall ein geschütztes Rechtsgut nicht vorhanden.[2] Zu diesem Verzicht auf den Schutz der Rechtsordnung genügt aber der bloße Wille des Verletzten, denn wenn schon die Verfügungsmacht über ein Rechtsgut dem einzelnen unbeschränkt zusteht, d a n n m u ß m a n i h m a u c h ü b e r l a s s e n , i n w e l c h e r F o r m e r a u f d e n S c h u t z d i e s e s R e c h t s g u t e s v e r z i c h t e n w i l l . Schon mit der Aufgabe des auf den Schutz des Rechtsgutes gerichteten Willens ist deshalb ein geschütztes Rechtsgut nicht mehr vorhanden. Da sich das materielle Unrecht als Rechtsgutsverletzung (Interessenverletzung) dar-

---

1) Mezger GS 89/277 f.
2) vgl. Stratenwerth ZStW 68/41 ff.

stellt, muß für den Unrechtsausschluß das Nichtvorhandensein eines geschützten Rechtsgutes (Interesses) genügen, weil infolge des Mangels an einem tauglichen Objekt für die Rechtsgutsverletzung eine Voraussetzung für das Unrecht fehlt. Die Kenntnis der Einwilligung durch den Täter ist also nicht subjektives Element des Unrechtsausschlusses.[1)]

Ein anderes subjektives Element des Unrechtsausschlusses sieht Mezger[2)] darin, daß die subjektive Willensrichtung des Handelnden für die Einwilligung insofern relevant sei, als diese sich nicht auf die objektive Tat bezieht, wie sie tatsächlich zur Ausführung gelangt, sondern auf die vom Täter dem Einwilligenden als beabsichtigt vor Augen gestellte.[3)] So kann sich der Schütze beim "Tellschuß" nicht auf die Einwilligung berufen, wenn er es bei dem Schuß an der nötigen Sorgfalt fehlen ließ, denn der Täter hat nur in einen mit Sorgfalt ausgeführten Schuß gewilligt. Mezger meint, über die Analyse des Einwilligungsinhaltes komme man zu dem Ergebnis, den "Rechtfertigungsgrund der Einwilligung an subjektiven Unrechtselementen im Willen des Täters zu orientieren."[4)]

Tatsächlich ist jedoch der Unrechtsausschluß nicht an einem subjektiven Element im Willen des Täters orientiert sondern an dem Willen des Verletzten,[5)] denn vom Willen des Verletzten hängt es ja ab, zu welcher Tat er seine Einwilligung erklärt. Wenn nun der Täter eine andere Tat ausführt als die bewilligte, dann fehlt eben die E i n w i l l i g u n g des Verletzten für d i e s e Tat, nicht ein subjektives Element des Unrechtsausschlusses im Vorstellungsbereich des Täters. Die Konstruktion eines subjektiven Elementes des Handelns nach Maßgabe der Einwilligung ist daher überflüssig.

Der Unrechtsausschließungsgrund der Einwilligung des Verletz-

---

1) ebenso Mezger GS 89/278.
2) GS 89/278 ff.
3) Mezger aaO.
4) Mezger aaO. S.28o, ebenso Sieverts S. 24o.
5) Das sagt ja Mezger selbst, wenn er das subjektive Unrechtselement aus der Analyse des Einwilligungsinhaltes des V e r l e t z t e n konstruiert.

ten enthält also keine subjektiven Elemente, für den Unrechtsausschluß sind lediglich objektive Elemente von Bedeutung. Die Kenntnis der Tatumstände der Einwilligung ist nur für Vorsatz und Irrtum erheblich. Der Täter, der irrtümlich die Tatumstände der Einwilligung des Verletzten als gegeben ansieht, handelt nicht vorsätzlich. Der Täter, der sich bei vorliegenden und ihm bekannten positiven Tatumständen keine Gedanken um das Vorliegen der negativen macht - obgleich sie tatsächlich vorhanden sind - , b e g e h t e i n e n u n t a u g l i c h e n V e r s u c h , denn in seinem Vorstellungsbild sind die Tatumstände eines Unrechtstatbestandes gegeben.

Der U n r e c h t s a u s s c h l i e ß u n g s g r u n d d e r E i n w i l l i g u n g des Verletzten läßt sich unter Berücksichtigung der Ergebnisse unserer Untersuchung folgendermaßen formulieren:

> Nicht tatbestandsmäßig (= rechtswidrig) handelt, wer mit der in freier Willensentschließung erteilten Einwilligung des urteilsfähigen Trägers des Rechtsgutes die Tat begeht, sofern nicht die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt.

IX Unrechtsausschließungsgründe, die auf dem Prinzip der Interessenwahrnehmung beruhen

1.) bis 4.) Unrechtsausschließungsgründe, die auf besonderen Handlungsrechten beruhen

1) Das Handeln im Interesse des Verletzten[1)]

Als ersten Fall eines Unrechtsausschließungsgrundes aus dem Prinzip der Interessenwahrnehmung behandeln wir die sogenannte m u t m a ß l i c h e Einwilligung des Verletzten.[2)] Dieser Unrechtsausschließungsgrund berührt den des Handelns i m I n t e r e s s e des Verletzten bzw. den des zivil-

---

1) Literaturnachweise bei Mezger, Lehrbuch S. 218 ff (mit weiteren Hinweisen), Leip.Komm. S. 339 ff mit ausführlicher Darstellung der Meinungen.
2) vgl. Mezger, Studienbuch I S. 112, Lehrbuch S. 218 ff.

rechtlichen Institutes der Geschäftsführung ohne Auftrag. Nach Mezger[1] ist für diesen "Rechtfertigungsgrund" der Einwilligungsgedanke maßgeblich. Daß in Weiterentwicklung des Einwilligungsgedankens auch die mußmaßliche Einwilligung unrechtsausschließende Wirkung habe, ergebe sich aus dem immanenten Endzweck des Rechtes.[2] Überall wo die Einwilligung des Verletzten relevant sei, müsse auch die mutmaßliche Einwilligung ohne das weitere Erfordernis des Interesses des Verletzten von Bedeutung sein.[3] Nach Frank[4] ist der Gesichtspunkt entscheidend, daß das Verhalten des Täters im Interesse des Verletzten liegt, und auch für Welzel[5] ist nicht die mutmaßliche Preisgabe des Rechtsgutes durch den Verletzten sondern das Handeln in seinem Interesse der Grund des Unrechtsausschlusses. Nach seiner Ansicht soll das einschränkende Erfordernis der mutmaßlichen Einwilligung, das er zusätzlich für den Unrechtsausschluß verlangt, nur die übereifrige Fürsorge Dritter verhindern. In etwa der gleichen Weise wird der Unrechtsausschließungsgrund von Schönke-Schröder gesehen,[6] außer dem Handeln zu Gunsten des Täters soll es erforderlich sein, daß der Täter die Einwilligung des Verletzten annehmen konnte. Von anderen Autoren wird die unmittelbare Anwendung des zivilrechtlichen Institutes der Geschäftsführung ohne Auftrag auch im Strafrecht empfohlen, und Maurach[7] schließlich betrachtet die mutmaßliche Einwilligung und das Handeln im Interesse des Verletzten als zwei selbständige Unrechtsausschließungsgründe.

Die mutmaßliche Einwilligung als Unrechtsausschließungsgrund anzusehen, erscheint aber nicht als vertretbar. Der

---

1) Lehrbuch aaO.
2) Mezger, Lehrbuch S. 221.
3) Leip. Komm. I S. 339.
4) Komm. vor § 51 III (S. 144).
5) Lehrbuch S. 76.
6) Komm. Vorbem. III vor § 51 (S.269).
7) Maurach I S. 301 f.

Wegfall eines geschützten Rechtsgutes, wie er bei der tatsächlichen Einwilligung eintritt, kommt ja hier nicht in Betracht, weil eine V e r f ü g u n g ü b e r d a s R e c h t s g u t objektiv nicht getroffen wird. Einen Ausschluß des Unrechts nur auf G r u n d d e r V e r m u t u n g d e s T ä t e r s, daß der Verletzte einwilligen würde, wenn er die Sachlage kennen und zur Einwilligung in der Lage wäre, anzunehmen, widerspricht einer objektiven Unrechtsbetrachtung. In diesem Falle läge ja gar kein objektives Element für den Unrechtsausschluß vor.

Wenn man andererseits den Ausschluß des Unrechts, wie es Mezger tut,[1] davon abhängig macht, daß nach der objektiven Mutmaßung des Richters der Verletzte bei richtiger Kenntnis der Sachlage in die Tat eingewilligt hätte,[2] dann macht man den Nichteintritt der Rechtswidrigkeit lediglich von einer objektiven Bedingung abhängig und schafft so keinen Unrechtsausschließungsgrund, dessen Merkmale Beziehungssachverhalt für den Vorsatz des Täters sein könnten, konstruiert vielmehr auf diese Weise eine objektive Bedingung der Straflosigkeit.

Auch wenn man die Vermutung des Täters, daß der Verletzte einwilligen würde, mit der objektiven Mutmaßung des Richters von der Einwilligung des Verletzten kombiniert, kann ein Unrechtsausschließungsgrund nicht entstehen, denn dieser würde lediglich eine objektive Bedingung der Strafbarkeit (Straflosigkeit) und ein subjektives Element enthalten, also als negativer Teil des Unrechtstatbestandes nicht vertretbar sein, weil er dessen Funktion, Beziehungsobjekt des Vorsatzes zu sein, nicht erfüllen könnte. Der mutmaßlichen Einwilligung des Verletzten kann also keine selbständige Bedeutung für den Unrechtsausschluß beigemessen werden.

Den Unrechtsausschluß führt aber das Handeln des Täters im o b j e k t i v e n I n t e r e s s e d e s V e r l e t z t e n herbei, denn hier wird ja ein höherwertiges Rechtsgut des Verletzten durch die Tat beschützt, indem ein geringer-

---

1) Studienbuch S. 113 (allgemeiner Teil).
2) Also auf die Vermutbarkeit abstellt.

wertiges verletzt wird. Der Gesamtwert der Tat ergibt, daß kein Unrecht vorliegt, wenn dem Verletzten durch die Tat mehr Nutzen als Schaden geschieht.[1] Der höhere Nutzen ist hier aber in Hinsicht auf den Verletzten zu beurteilen (Handeln im Interesse des Verletzten) nicht in Hinsicht auf die Gemeinschaft.[2]

Die Beurteilung des Gesamtwertes der Tat als nicht rechtswidrig wegen des überwiegenden Nutzens für den Verletzten hat ihren Grund in der rein objektiven Abwägung des angegriffenen und des beschützten Rechtsgutes. Infolgedessen ist der Unrechtsausschluß nicht von einem subjektiven Element abhängig.[3]

Die für den Unrechtsausschluß materiell bedeutsamen Elemente sind also erstens, daß die Tat im Interesse des Verletzten liegt, zweitens, daß die Tat nur ein Rechtsgut angreift, das der Verfügungsgewalt des Verletzten unterliegt. Diese Elemente sind für den Unrechtsausschluß von materieller Bedeutung, denn von ihnen hängt die mangelnde Rechtswidrigkeit der Tat ab, sie sind deshalb negative Tatbestandsmerkmale. Der Täter, der irrtümlich das Vorliegen der ihnen entsprechenden Tatumstände annimmt, ist im Tatbestandsirrtum befangen, handelt also ohne Vorsatz.

Der Unrechtsausschließungsgrund des Handelns im Interesse des Verletzten ist daher folgendermaßen zu formulieren:

---

1) Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip (Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 2.Auflage 1949 S. 51).

2) Deshalb liegt hier kein Unterfall des übergesetzlichen Notstandes vor, bei dem der höhere Sozialnutzen entscheidet. Über den höheren Nutzen entscheidet aber das objektive Urteil, deshalb gehört auch die gewaltsame Rettung des Selbstmörders hierher.

3) Wer mutwillig eine Scheibe einschlägt und damit zufällig den Hausbewohner vor dem Gastod rettet (Maurach I S.287), verwirklicht daher nicht den Unrechtstatbestand der Sachbeschädigung (begeht aber einen untaugl. Versuch).

Nicht tatbestandsmäßig (= rechtswidrig) handelt der Täter, wenn die Tat dem Interesse des Verletzten entspricht.

2.) Die Notwehr [1]

Die in § 53 StGB geregelte Notwehr, die der zivilrechtlichen Notwehr des § 227 BGB entspricht, ist nach übereinstimmender Meinung in Lehre und Rechtsprechung ein Unrechtsausschliessungsgrund. Voraussetzung des Unrechtsausschlusses ist zunächst ein A n g r i f f [2], und zwar ein Angriff auf ein rechtlich anerkanntes Interesse, aber auch auf j e d e s r e c h t l i c h a n e r k a n n t e I n t e r e s s e. Dieser Angriff muß r e c h t s w i d r i g sein. Das ist er stets dann, wenn ihn der Angegriffene nicht zu dulden verpflichtet ist.[3] Der rechtswidrige Angriff muß g e g e n w ä r t i g sein, wobei ein unmittelbares Bevorstehen genügt. Vom Unrechtsausschluß wird nur die V e r t e i d i g u n g s h a n d l u n g gedeckt, also nur die Handlung, die auf die Abwehr des Angriffs gerichtet ist. Diese Verteidigungshandlung muß zur Abwehr des Angriffes e r f o r d e r l i c h sein.

Daß die Abwehrhandlung e r f o r d e r l i c h sein muß, bedeutet, daß das g e r i n g s t e M i t t e l z u r A b w e h r d e s A n g r i f f e s g e w ä h l t w e r d e n m u ß .[4] Die Notwehr ist nicht nur zur Abwehr einer Gefahr von dem Verteidigenden selbst sondern auch von anderen möglich.[5]

---

1) Eingehend Maurach I. S. 276 mit Literaturübersicht.
2) Ob der Angriff von einem Menschen ausgehen muß, ist bestritten, vgl. Welzel, Lehrb. S.7o, Mezger, Stud.I S.114.
3) Zu dulden und daher nicht rechtswidrig ist der Angriff, der vom Täter zum Herbeiführen der Notwehrlage provoziert worden ist. Hier kann aber noch übergesetzlicher Notstand in Frage kommen, bei dem dann allerdings eine Güterabwägung stattfindet.
4) RGSt 71/133(134), 72/57(58), OLG Celle in DRZ 47/134.
5) Nothilfe! Siehe hierzu,insbes. zum Problem des Staatsnotstandes Mezger in Leip. Komm I S. 347, 41o und Maurach I S. 283, RGSt 63/215(219), 64/1o1(1o3).

Ob die Notwehr ein subjektives Element des Unrechtsausschlusses enthält, ist bestritten.[1] Der Unrechtsausschluß, so wird geltend gemacht, sei in dem Falle der Notwehr ohne das subjektive Element des V e r t e i d i g u n g s w i l l e n s nicht zu begründen, weil "Verteidigung" ein finaler Begriff sei.[2] Das Wort "Verteidigung" sei nach gutem Sprachgebrauch nur dann berechtigt, wenn ein Verteidigungswille vorliege.[3] Diese Verteidigungsabsicht brauche aber nicht alleiniges Handlungsmotiv des Täters zu sein, sie dürfe nur nicht völlig hinter anderen Motiven zurücktreten,[4] müsse also für das Handeln des Täters m i t b e s t i m m e n d sein.

Bei dieser Auslegung kann aber von einer Verteidigungsabsicht nicht mehr die Rede sein. Der Verteidigungszweck findet vielmehr nicht in dem subjektiven Willen des Handelnden sondern in der o b j e k t i v e n Z w e c k s e t z u n g d e s V e r t e i d i g u n g s h a n d e l n s seinen Ausdruck.

Da alle aufgeführten objektiven Merkmale der Notwehr für den Unrechtsausschluß materiell bedeutsam sind, sind sie als negative Tatbestandsmerkmale anzusehen. Ein Irrtum über die diesen Tatbestandsmerkmalen entsprechenden Tatumstände schließt den Vorsatz aus.

Einen Tatbestandsirrtum hat der Bundesgerichtshof deshalb in BGHSt 3/1o5 und 3/194 bei dem Irrtum des Täters über die Erforderlichkeit seiner Tat zu Recht angenommen. Die Kritik Welzels[5] an diesen Entscheidungen geht fehl. In der erstgenannten Entscheidung nimmt der Bundesgerichtshof für den

---

1) Gegen das Erfordernis der Verteidigungsabsicht: Beling, L.v.Verbrechen S. 141, v. Hippel II S. 21o, v.Weber, Grundriß S. 9O, JZ 51/263, Nowakowski ZStW 63/319. Für die Notwendigkeit der Verteidigungsabsicht: Graf zu Dohna, Aufb. d.Verbrechenslehre S. 32, Maurach I S.28o, Welzel, Lehrbuch S. 71, Mezger, Studienbuch I S. 116 (früher anders: Lehrbuch S. 235 f), Binding, Normen II S.612, Sieverts aaO. S.2o9, Frank, Kommentar S. 162 f, Schönke-Schröder IV 1 zu § 53 StGB, RGSt 54/196(199), Schaffstein MDR 51/199. Ausführliches Literaturverzeichnis bei Sieverts aaO.

2) Niese, Finalität S. 17, a.A. v.Weber JZ 51/263.

3) Sieverts aaO. S. 2o8.

4) RGSt 54/196(199), BGHSt 3/194(198).

5) JZ 52/596 ff, ebenso Schröder MDR 53/72.

Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Züchtigungsrechtes einen Tatbestandsirrtum[1] und für den Irrtum über die Grenzen des Züchtigungsrechtes[2] einen Verbotsirrtum an. In dem zweiten Urteil erklärt der Bundesgerichtshof: "Welche Verteidigung ..... notwendig ist, richtet sich ...., überschreitet sie diesen Umfang, so ist sie insoweit rechtswidrig, selbst wenn der Angegriffene sie noch für notwendig hält..... Dagegen schließt ein solcher Irrtum, wenn er auf einer Täuschung über die Nachhaltigkeit und Stärke des Angriffs beruht, und diese Täuschung unvermeidbar ist, die Strafbarkeit aus und führt bei Vermeidbarkeit nur zur Fahrlässigkeitsstrafe. Er ist ein Irrtum über einen Tatumstand." [3]

Hieraus folgert Welzel[4], daß der Bundesgerichtshof den Irrtum über den Umfang des Züchtigungsrechtes als Verbotsirrtum, den Irrtum über den Umfang des Notwehrrechtes aber als Tatbestandsirrtum behandelt.

Zwischen den beiden Urteilen besteht aber keinerlei sachlicher Widerspruch. Der Täter irrt ja im zweiten Falle über die k o n k r e t e Erforderlichkeit (den "Umfang" der Erforderlichkeit) der Verteidigungsmaßnahme, nicht über den a b s t r a k t e n Umfang des Notwehrrechtes.

Die Folgerung Welzels[5], daß ein Widerspruch zwischen den beiden Urteilen des Bundesgerichtshofes besteht, ist überhaupt nur dann verständlich, wenn er seiner Argumentation nicht die von ihm - allerdings unvollständig - zitierte Stelle des Urteils, die oben widergegeben wurde, zugrunde gelegt hat, sondern den mit dem Inhalt der Entscheidung nicht übereinstimmenden Leitsatz, unter dem das Urteil und die anschließende Besprechung durch Welzel in der Juristenzeitung 1952, Seite 595 gebracht wird: "Wer sich angegriffen

---

1) § 59 analog.
2) Der Unrechtsausschließungsgrund des Züchtigungsrechtes wird später behandelt.
3) BGHSt 3/194(196).
4) Welzel JZ 52/597.
5) aaO., ebenso Maurach I S. 409.

glaubt und daraufhin in Bestürzung die Grenzen der vermeintlichen Verteidigung überschreitet, handelt im Tatirrtum".

An diesem Satze ist nur richtig, daß im Tat b e s t a n d s - irrtum handelt, wer sich angegriffen glaubt. Ob in Bestürzung [1] die Grenzen der vermeintlichen Verteidigung überschritten werden, ist völlig unerheblich für die Frage des Irrtums über die N o t w e n d i g k e i t d e r V e r t e i d i g u n g s m a ß n a h m e . Die Bestürzung muß ja keinen Irrtum des Täters veranlassen, sondern kann ihn trotz richtiger Erkenntnis der Erforderlichkeit der Verteidigungsmaßnahme bestimmen, das Maß der Erforderlichkeit zu überschreiten.[2] Irrt der Täter aber der konkreten Sachlage nach über die Erforderlichkeit der von ihm ausgeführten Verteidigungshandlung, dann ist es völlig unerheblich, ob dieser Irrtum auf die Bestürzung zurückzuführen ist.

Auch wenn der wiedergegebene Leitsatz eine Bedeutung der Notwehrüberschreitung aus Bestürzung für den Irrtum über den A n g r i f f aussprechen wollte, ist er unrichtig, denn die Anwendung der Vorschrift über den Notwehrexzeß s e t z t einen t a t s ä c h l i c h v o r l i e g e n d e n n i c h t n u r e i n e n v o m T ä t e r i r r t ü m l i c h a n g e n o m m e n e n A n g r i f f v o r a u s. Wollte der Leitsatz aber der Bestürzung gar keine Bedeutung für einen Irrtum beimessen, dann ist der Satzteil "und daraufhin die Grenzen der vermeintlich notwendigen Verteidigung überschreitet" überflüssig. Er ist aber dann nicht nur das sondern insofern auch i r r e f ü h r e n d, als er zu der A u s l e g u n g verleiten kann, daß ein Tatbestandsirrtum über ein Tatbestandsmerkmal der "Grenzen der Verteidigung" bei einem Irrtum über die abstrakten Grenzen des Notwehrrechtes vorliegen soll, welchen Schluß Welzel ja tatsächlich gezogen hat. Der Leitsatz steht also im Widerspruch zu dem Urteil

---

1) Der Notwehrexzeß spielt in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall wohl eine Rolle, nicht aber im Zusammenhang mit der Frage des Irrtums. Das ist vom Bundesgerichtshof völlig einwandfrei erkannt worden.

2) Herrsch.Meinung,z.B.Leip.Komm I S.412,RGSt 21/189(191f).

des Bundesgerichtshofes, dieser hat an keiner Stelle des Urteils Ausführungen gemacht, die den Leitsatz tragen könnten. Aus ihm können Bedenken gegen das Urteil daher nicht geltend gemacht werden.[1)]

Für eine klare Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum ist aber der vom Bundesgerichtshof verwendete Begriff der Grenzen (oder des Umfanges) eines Unrechtsausschliessungsgrundes tatsächlich nicht geeignet.[2)]

Es ist daher notwendig, an dieser Stelle noch einmal klar den Unterschied zwischen dem Subsumtionsirrtum und dem Verbotsirrtum (über die formelle Rechtswidrigkeit) herauszustellen, weil durch die richtige Abgrenzung dieser beiden Irrtumsarten die entscheidenden Kriterien für die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum sichtbar werden. Die Subsumtion besteht in der laienhaft richtigen Parallelwertung des konkreten normativen Tatumstandes, oder - anders ausgedrückt - durch Subsumtion des konkreten Tatumstandes unter den laienhaften Parallelwert dieses konkreten Tatumstandes. Trifft der Täter diese Unterordnung nicht richtig, dann handelt er im Tatbestandsirrtum, denn er erfaßt den Bedeutungssinn des Tatumstandes im sozialen Leben nicht. Ordnet der Täter aber nach richtiger Subsumtion den laienhaften Parallelwert nicht richtig in den abstrakten Unrechtstatbestand ein, dann handelt er im Verbotsirrtum über die formelle Rechtswidrigkeit, denn nun irrt er über den abstrakten Inhalt des Unrechtstatbestandes, weil er eines seiner abstrakten Merkmale falsch auslegt. Hier irrt der Täter nicht über einen Tatumstand sondern über den Inhalt des Strafgesetzes und damit über das Verbotensein seines Verhaltens. Die Grenze zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum läuft also zwischen der fehlerhaften Parallelwertung des k o n k r e t e n T a t u m s t a n d e s und der falschen Beurteilung des a b s t r a k t e n T a t b e s t a n d s -

---

1) Vgl. hierzu Mezger, Leip. Komm. I S.49o, dessen Beweisführung aber Welzels Einwände nicht genau trifft.
2) Arthur Kaufmann, JZ 54/658.

m e r k m a l s. Der Angelpunkt der jeweiligen Wertung ist bei normativen Tatumständen der laienhafte Parallelwert des konkreten Tatumstandes. Wird der Tatumstand nicht richtig unter ihn subsumiert, dann liegt ein Tatbestandsirrtum vor, wird das (abstrakte) Tatbestandsmerkmal nicht mit ihm identifiziert, dann handelt der Täter im Verbotsirrtum.

Der Irrtum über die "Grenzen der notwendigen Verteidigung" kann a l s o e i n m a l T a t b e s t a n d s i r r t u m, e i n a n d e r m a l V e r b o t s i r r t u m s e i n, je nachdem ob der Täter sein die Grenzen der notwendigen Verteidigung objektiv überschreitendes Verhalten irrtümlich für im konkreten Fall erforderlich, im Sinne objektiver Notwendigkeit, gehalten oder o b e r d e n a b s t r a k t e n B e g r i f f d e r E r f o r d e r l i c h k e i t i r r t ü m l i c h f a l s c h a u s g e l e g t h a t.[1] In dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Falle[2] lag aber ein Irrtum über die Erforderlichkeit in concreto vor, deshalb ist die Entscheidung jedenfalls im Ergebnis richtig.

Daß auch der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffes ein Tatbestandsirrtum ist, kann Welzel nicht erfolgreich mit der Behauptung bestreiten, daß dieser Irrtum in Wirklichkeit nicht die Rechtswidrigkeit des Angriffes sondern die Rechtswidrigkeit der Verteidigung und damit die Rechtswidrigkeit der Gesamttat betreffe, somit also ein Fall des Verbotsirrtums sei.

Daß jeder Tatbestandsirrtum in der Regel auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit betrifft, ist unbestritten.[3] Für die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum kommt es aber - wie wir früher erkannt haben - nicht auf die

---

1) Vgl. in diesem Zusammenhang die Kontroverse zwischen Niese DRZ 52/22, Armin Kaufmann JZ 55/4o f und Arthur Kaufmann JZ 54/658. Entscheidend ist stets die Unterscheidung von Subsumtionsirrtum und Verbotsirrtum. Vgl. auch BGHSt 4/347(352).
2) BGHSt 3/194.
3) Vgl. Arthur Kaufmann JZ 54/658 (Anmerkung 41).

schließliche Wirkung - denn diese ist gleich - sondern auf den unmittelbaren Gegenstand des Irrtums an. Der Gegenstand des Irrtums ist aber unmittelbar die Rechtswidrigkeit des Angriffes, er liegt darin, daß der Täter glaubt, den Angriff nicht dulden zu müssen. Gegenstand des Irrtums ist also ein Tatumstand. Diese Unterscheidung zwischen dem Irrtum über Tatumstände und dem Irrtum über die Rechtswidrigkeit fordert ja Welzel ausdrücklich, indem er für den Tatbestandsirrtum die Frage "was ist das?", für den Verbotsirrtum die Frage "darf ich das?" als die entscheidenden Kriterien aufstellt.[1] Der Täter, der über die Rechtswidrigkeit des Angriffes irrt, beantwortet aber zunächst (unmittelbar) die Frage "was ist das?" falsch, nämlich mit "ein rechtswidriger Angriff!".[2] Wenn er dann außerdem die Frage "darf ich das?" auch noch falsch mit "ja" beantwortet, dann tut er nichts anderes als generell jeder im Tatbestandsirrtum befangene Täter, der auf Grund des Tatbestandsirrtums seine Tat für nicht rechtswidrig hält.[3]

Das Bestreben Welzels, gerade am Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Angriffes die Fehlerhaftigkeit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu beweisen, geht parallel mit seinem Bemühen, positive Tatbestandsmerkmale aus den Tatbeständen herauszunehmen[4] und sie zu speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen und damit zum Gegenstand des Verbotsirrtums zu machen. Diese Herausnahme von Tatbestandsmerkmalen, die für die materielle Rechtswidrigkeit von Bedeutung sind, ist aber unzulässig, weil der Unrechtstatbestand nicht seines materiellen Unrechtscharakters entkleidet

---

1) Neues Bild d.Strafrechtssystems S. 51 f (Anmerkung).
2) Vgl. Lang-Hinrichsen JR 52/186, Schröder ZStW 65/178 ff, Nowakowski ZStW 65/393.
3) Schaffstein, MDR 51/197, vgl. auch Lang-Hinrichsen JR 52/184 ff, Nowakowski ZStW 65/393, Engisch, Untersuch.S. 253 ff.
4) Z.B. JZ 52/19, 133, 208.

werden darf,[1] andererseits zur Rechtswidrigkeit - wie wir erkannt haben - nicht Tatbestandsmerkmale genommen werden können, da sie ihrem Wesen als E i g e n s c h a f t der Tat nicht entsprechen.

Für die Anhänger der finalen Handlungslehre unter den Vertretern der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen entsteht bei dem Unrechtsausschließungsgrund der Notwehr eine besondere Schwierigkeit dadurch, daß nach allgemeiner Ansicht[2] die Putativnotwehrtat, also die Tat, die der im Tatbestandsirrtum über die negativen Tatumstände befangene Täter begeht, zwar nicht vorsätzlich ist, wohl aber widerrechtlich bleibt und deshalb Notwehr gegen sie zulässig ist. Für die Anhänger der finalen Handlungslehre, die den Vorsatz zum Tatbestand nimmt, entfällt jedoch mit dem Vorsatz auch der Unrechtstatbestand, die Tat des Putativnotwehrtäters ist folglich nicht rechtswidrig.

Die Finalisten unter den Anhängern der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen sehen sich infolgedessen zu der Notlösung gezwungen, e i n e z w e i t e A r t v o n R e c h t s w i d r i g k e i t einzuführen. Sie bestimmen hier das Unrecht lediglich o b j e k t i v, indem sie sich auf die oben angeführte Formulierung stützen, daß rechtswidrig jeder Angriff ist, den der Angegriffene nicht zu dulden braucht,[3] das aber ist bei dem Angriff des Putativnotwehrtäters der Fall.

In vollständiger Form[4] müßte der Unrechtsausschließunnsgrund der Notwehr des § 53 StGB nach unseren Ergebnissen lauten:

> Nicht tatbestandsmäßig (= rechtswidrig) handelt, wer zur Verteidigung einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen mit den erforderlichen Mitteln abwehrt.

---

1) Vgl.Schröder, ZStW 65/178(181-186), Mezger NJW 53/5 bei Anm.5o,51, Leip.Komm. I S.477.
2) Z.B. RGSt 54/196.
3) Schaffstein MDR 51/196(200), v.Weber Grundriß S.9o.
4) Es wird hier lediglich eine genauere Definition gegeben, die inhaltlich mit der gesetzlichen Vorschrift übereinstimmt.

3.) Der zivilrechtliche Notstand

Zwei andere Unrechtsausschließungsgründe haben in §§ 228 und 9o4 BGB ihre gesetzliche Regelung erfahren. Ihr Inhalt ergibt sich aus der positiven Regelung durch das Gesetz.

Das für beide Unrechtsausschließungsgründe geltende Güterabwägungsprinzip hat in verschiedenem Ausmaß seinen Niederschlag in ihnen gefunden. Beim Verteidigungsnotstand des § 228 BGB ist das Güterabwägungsprinzip nur in dem Sinne bedeutsam, daß der durch die Abwehrhandlung bewirkte Schaden nicht a u ß e r a l l e m V e r h ä l t n i s zu dem drohenden Schaden stehen darf, während beim Angriffsnotstand des § 9o4 BGB der Güterabwägungsgrundsatz zu der Bestimmung geführt hat, daß der dem Notstandstäter drohende Schaden gegenüber dem durch die Notstandstat dem Eigentümer entstehenden Schaden u n v e r h ä l t n i s m ä ß i g g r o ß sein muß, im Falle des § 9o4 muß also das gefährdete Rechtsgut erheblich überwiegen.[1)]

Diese beiden Elemente des Unrechtsausschlusses sind für den Unrechtsausschluß ebenso bedeutsam wie die übrigen Merkmale der beiden Unrechtsausschließungsgründe. Aus der Fassung der §§ 228 und 9o4: "wenn...der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht" und "wenn...der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist" kann daher nicht geschlossen werden, daß es sich hier um objektive Bedingungen der Strafbarkeit (Straflosigkeit) handelt. A l l e Elemente der beiden Unrechtsausschließungsgründe sind somit - als materiell für die Rechtswidrigkeit bedeutsam - negative Tatbestandsmerkmale und als solche Gegenstand des Tatbestandsirrtums.

Ob ein s u b j e k t i v e s E l e m e n t der Absicht, das Rechtsgut zu schützen, für den Unrechtsausschluß notwendig ist, ist aus der gesetzlichen Formulierung der beiden Un-

---

1) Leip. Komm. I S. 422.

rechtsausschließungsgründe nicht ersichtlich und bestritten.[1] Ein solches subjektives Element ist aber n i c h t e r f o r d e r l i c h . Das ergibt sich daraus, daß die objektive Lage, die für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit von Bedeutung ist, derart klar umschrieben ist, daß ein Rückgreifen auf subjektive Elemente entbehrlich erscheint. Die Ausdrucksweise des Gesetzes "zur Abwendung" und "um abzuwenden" in den §§ 9o4 und 228 sind als Bezeichnung d e s o b j e k t i v e n Z w e c k e s der H a n d l u n g zu verstehen.[2] Von entscheidender Bedeutung ist bei den Unrechtsausschließungsgründen des zivilrechtlichen Notstandes, daß das geringere Rechtsgut dem höheren weichen muß, ob der Notstandstäter diesen Erfolg seiner Tat erkannt hat und ob er darüberhinaus diesen Erfolg angestrebt hat, ist ohne Bedeutung dafür, daß seine Handlung objektiv mehr genützt als geschadet hat.[3]

Eine Formulierung der Unrechtsausschließungsgründe des zivilrechtlichen Notstandes erübrigt sich, weil die Definition im Bürgerlichen Gesetzbuch eindeutig und vollständig ist.

4.) Die Wahrnehmung berechtigter Interessen

Von den Unrechtsausschließungsgründen, die auf Grund positiver Regelung öffentlicher und privater Rechte bestehen, ist der Unrechtsausschließungsgrund des § 193 StGB von besonderem Interesse. Diese Vorschrift enthält drei selbständige Unrechtsausschließungsgründe. Die ersten beiden erklären einen Angriff auf die Ehre eines anderen für straflos, wenn er a) durch ein tadelndes Urteil über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen erfolgt, oder b) zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten vorgenommen wird.[4]

Von besonderem Interesse für diese Untersuchung ist aber

---

1) Für das subjektive Element des Handelns zum Schutze des Rechtsgutes z.B.Maurach I S.284 mit weiteren Nachweisen.
2) Mezger GS 89/3o9 ff, Lehrbuch S. 233 A. 3.
3) Sieverts, S. 213 mit Nachweisen.
4) Schönke-Schröder S.72o f, Welzel,Lehrb.S.25o hält a) und b) für Unterfälle der Wahrnehmung ber.Interessen.

der dritte Unrechtsausschließungsgrund: Die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Die unrechtsausschließende Wirkung dieser Bestimmung ist herrschende Auffassung.[1] Der Grund der Aufstellung dieses Unrechtsausschließungsgrundes liegt darin, daß die mit der Ehrverletzung verfolgten Interessen unter bestimmten Voraussetzungen höher bewertet werden - oder mindestens nicht weniger hoch - als der Achtungsanspruch des Verletzten. Die Rechtsordnung verlangt daher in diesem Falle nicht, daß der Täter seine Interessen hinter den Achtungsanspruch des Verletzten zurückstellt.[2]

Ein b e r e c h t i g t e s Interesse liegt vor, wenn die wahrgenommenen Interessen r e c h t l i c h a n e r k a n n t sind.[3] Die anerkannten Interessen müssen den angegriffenen Interessen gegenüber von h ö h e r e m (mindestens aber g l e i c h e m[4] Wert sein.[5] Diese gleichwertigen, anerkannten Interessen müssen dem Wahrnehmenden selbst zustehen, oder ihn wegen eines besonders engen Verhältnisses zu dem Interesseninhaber nahe angehen.[6] Es können also auch öffentliche Interessen durch Privatpersonen unter bestimmten Umständen wahrgenommen werden.[7]

Die Wahrnehmung eines Interesses bedeutet nichts anderes als die Wahrung eines Rechtsgutes, denn die Anerkennung des Unrechtsausschließungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Rechtsordnung ist eine Auswirkung des

---

1) Z.B. RGSt 59/414(415), 65/422(427), OLG Braunschweig SJZ 48/767, Mezger, Studienbuch II S. 1o6, Maurach II S.138, Welzel, Lehrbuch S.248, BGH (ziv.) 3/281. Abweichend: Entschuldigungsgrund: RGSt 64/23.
2) H.M. z.B. RGSt 62/83(93), Leip.Komm.(1951) II S. 154.
3) Interessen, deren Verfolgung von der Rechtsordnung gebilligt wird, vgl.Mezger, Studienbuch II S.1o7, Schönke-Schröder zu § 193 3a.
4) Vgl.Schaffstein NJW 51/691, Leip.Komm II (1951) S.154.
5) RGSt 62/93, 63/2o2(2o4).
6) Herrschende Meinung, z.B. RGSt 63/229(231), OLG Düsseldorf in JR 48/35o.
7) Vergl.im einzelnen RGSt 2o/164, 36/422 f, 66/1 ff, 59/172(173), 62/83(93), vergleiche auch Schönke-Schröder, III 3 b zu § 193 mit weiteren Nachweisen. Die Lehre legt den Begriff der a n e r k a n n t e n Interessen weiter aus als die Rechtsprechung. Vgl.Frank, Komm III 2 a,b zu §193,Schönke-Schröder III 3b zu § 193,Welzel,Lehrb.S.249

Prinzips der Güterabwägung.[1] Das Erfordernis, daß die wahrgenommenen Interessen dem Täter selbst zustehen oder ihn nahe berühren, besagt deshalb, daß der Täter entweder selbst Träger des gewahrten Rechtsgutes sein oder zu dem Träger des Rechtsgutes in einem besonderen Verhältnis stehen muß.

Die zur Wahrung des anerkannten gleichwertigen Rechtsgutes durch den Rechtsgutsträger oder den zu ihm in einem besonderen Verhältnis Stehenden getane Äußerung muß a n g e m e s s e n sein[2], braucht also zwar nicht das allein mögliche Mittel zu sein,[3] wohl aber muß es zu dem wahrgenommenen Rechtsgut und zu dem Angriff auf dieses Rechtsgut in einem gewissen Verhältnis stehen (adäquat sein). Dieses Erfordernis hat seinen positivrechtlichen Niederschlag in der Bestimmung des § 193 StGB gefunden, wonach das Vorhandensein einer Beleidigung aus der F o r m der Äußerung und aus den U m s t ä n d e n , unter denen sie erfolgt, nicht hervorgehen darf.[4] Damit sind die objektiven Merkmale des Unrechtsausschlusses abschließend aufgeführt.

Über ein s u b j e k t i v e s E l e m e n t der Wahrnehmung berechtigter Interessen herrscht nahezu völlige Übereinstimmung in Lehre und Rechtsprechung,[5] nämlich darüber, daß die Äußerung zu dem Z w e c k erfolgt sein müsse, durch die

---

1) RGSt 62/83(93).
2) Für Angemessenheit des Mittels z.B. Schönke-Schröder, III 3 a, für allein mögliches Mittel z.B. Leip. Komm, II (1951) S. 157.
3) Daß nur die Angemessenheit des Mittels, mit dem Interessen wahrgenommen werden, zu fordern ist, ergibt sich daraus, daß die Interessen stets - ob mündlich oder schriftlich - mit Worten wahrgenommen werden. Wer aber wollte wohl entscheiden, ob die gebrauchte Formulierung auch wirklich diejenige war, mit der das Ziel des Interessenschutzes g e r a d e n o c h erreicht werden konnte. Die Angemessenheit dagegen ist leicht festzustellen.
4) BGH in JZ 52/228. Daraus ergibt sich der Anwendungsbereich dieses Unrechtsausschließungsgrundes für die einzelnen Ehrverletzungsdelikte. Vergleiche zu dieser Frage im einzelnen: Leip.Komm II (1951) S.155, Schönke-Schröder S. 719, Welzel, Lehrbuch S. 248, Maurach II S. 138 f.
5) Ständige Rechtsprechung, z.B. RGSt 23/422(425), 61/4oo (4o1), ebenso Frank, Komm. III 2 c zu § 193, Welzel, Lehrbuch S. 249.

Ausserung anerkannte Interessen wahrzunehmen. Der objektive Anlaß oder die Gelegenheit, durch die Äußerung anerkannte Interessen wahrzunehmen, genüge also nicht für den Unrechtsausschluß.[1] vielmehr müsse die Äußerung auf Grund des ehrlichen Willens, anerkannte Interessen wahrzunehmen, erfolgt sein.[2] Dieser Wille, zur Wahrung eines Rechtsgutes zu handeln, brauche nicht der alleinige Beweggrund des Handelns des Täters zu sein, sogar der Wille zu beleidigen, könne für sein Verhalten mitmotivierend sein, wenn nur die T r i e b f e d e r - das Hauptmotiv - für sein Handeln die Wahrnehmung anerkannter Interessen sei.[3]

Auch bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist jedoch ein subjektives Element des Willens, zur Wahrnehmung berechtigter Interessen zu handeln, nicht erforderlich. Die Zwecksetzung der Wahrnehmung berechtigter Interessen findet vielmehr im objektiven Zweck des Handelns ihren Niederschlag.

Das Reichsgericht hat die Aufspaltung der "Berechtigung der Interessenwahrnehmung" in 1. das Anerkanntsein des Interesses, 2. die Höherwertigkeit oder mindestens Gleichwertigkeit des Interesses und die 3. Inhaberschaft oder mindestens besondere Stellung zum Inhaber des Interesses nicht vorgenommen, denn nach seiner Irrtumsrechtsprechung, die zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum unterschied, war es unerheblich, welche Elemente als T a t b e s t a n d s m e r k m a l e anzusehen waren. Das Reichsgericht hat d e r i r r t ü m l i c h e n A n n a h m e , zur Wahrnehmung berechtigter Interessen zu handeln, vorsatzausschließende Wirkung beigemessen, wenn dieser Irrtum auf Grund der Verkennung tatsächlicher Verhältnisse oder außerstrafrechtlicher Begriffe eingetreten war. Es hat andererseits den Irrtum über die Berechtigung der wahrgenommenen Interessen auf Grund einer falschen Beurteilung strafrechtlicher Begriffe als unerheblich ange-

---

1) So doch wohl zu verstehen RGSt 29/57.
2) Leip.Komm. II (1951) S. 157, vgl. aber RGSt 20/164.
3) Vgl. RGSt 34/216(217), 66/1(3 f). Weitere Nachweise: Schönke-Schröder S. 723, Leip.Komm II (1951) S. 157.

sehen,[1] nachdem es anfänglich lediglich darauf abgestellt hatte, ob der Täter den eingeschlagenen Weg subjektiv als sachgemäß a n g e s e h e n hatte, und so die beiden Fälle des tatsächlichen Vorliegens des Unrechtsausschließungsgrundes und die irrtümliche Annahme seines Vorliegens im Ergebnis gleich behandelt hatte.[2]

Hatte das Reichsgericht in der Entscheidung 6/4o5(4o9) ausgesprochen, daß es bei den (v o r s ä t z l i c h e n) Delikten der Ehrkränkung gleichgültig sei, ob die irrtümliche Annahme des Vorliegens eines anerkannten Interesses verschuldet oder nicht, der Irrtum also vermeidbar oder unvermeidbar gewesen sei,[3] und es deshalb als unerheblich bezeichnet, ob der Täter eine Nachprüfung der Sachlage vorgenommen hatte, so vertrat es im Gegensatz zu dieser seiner früheren Meinung später die Auffassung, daß der Schutz des § 193 StGB demjenigen versagt bleibe, der leichtfertig unwahre Tatsachen behauptet hatte.[4] Das Reichsgericht entwickelte so aus dem Gedanken heraus, daß die Wahrnehmung der Interessen eine Interessenabwägung verlange, die Pflicht des Täters zur gewissenhaften P r ü f u n g d e r W a h r h e i t d e r v o n i h m g e ä u ß e r t e n T a t s a c h e n[5] und machte so den Unrechtsausschluß bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen von einem zweiten s u b j e k t i v e n Element abhängig. Andererseits sollte aber jeder auch der vermeidbare Irrtum über die A n g e m e s s e n h e i t d e s a n g e w a n d t e n M i t t e l s zur Wahrnehmung der Interessen die Bestrafung ausschließen. Die Rechtsprechung verlangt die gewissenhafte Prüfung der Wahrheit der behaupteten Tatsachen noch heute[6], auch in der

---

1) Vgl. RGSt 6/4o5(4o8), 25/355(357), 34/222(223), 42/441 (443), 59/414(415 f).
2) Vgl.RGSt 24/223, für beide Fälle Schuldausschließungsgr.
3) Dieser Gesichtspunkt könne nur bei f a h r l ä ß i g e n Delikten eine Rolle spielen (RGSt 6/4o9)!
4) RGSt 63/92(94), 2o2(2o4), 71/174(175), 74/257(261),66/1(2).
5) Loyalitätsprinzip.
6) z.B. BGHSt 3/73(75), BGH in NJW 52/194, JZ 52/227 ff, BGHZ 3/270(281), Bay OLG in JR 53/192.

Lehre ist diese Ansicht herrschend.[1]

Das gleiche Problem taucht bei dem Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes auf, und hier insbesondere bei der Rechtfertigung der Abtreibung der Leibesfrucht. Etwa zur gleichen Zeit als das Reichsgericht das Erfordernis der pflichtgemäßen Prüfung in den Unrechtsausschließungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen aufnahm,[2] stellte es auch für den Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes das Erfordernis der p f l i c h t g e m ä ß e n P r ü f u n g d e r S a c h l a g e auf. Auch bei diesem Unrechtsausschließungsgrund ist die P r ü f u n g s p f l i c h t in ständiger Rechtsprechung für erforderlich gehalten worden, um den Unrechtsausschluß herbeizuführen. Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung fortgeführt.[3]

Ob die pflichtgemäße Prüfung der Sachlage wirklich subjektives Unrechtsausschließungselement sein kann, ist in der Literatur umstritten. Welzel[4] vertritt die Ansicht, daß der Prüfung der Sachlage keine Bedeutung für den Unrechtsausschluß beizumessen sei. Aus der Verletzung der Prüfungspflicht ergebe sich vielmehr, daß der I r r t u m d e s T ä t e r s n i c h t e n t s c h u l d b a r s e i . Den Irrtum selbst hält Welzel, als im Bereich der Rechtswidrigkeit liegend, für einen Verbotsirrtum. Arthur Kaufmann[5] hingegen schließt daraus, daß die pflichtgemäße Prüfung erst dann eine Rolle spielt, wenn die objektiven Merkmale des Unrechtsausschlusses nicht vorliegen, der Täter sie vielmehr nur irrtümlich für vorhanden hält, daß es sich bei der Verletzung der Pflicht zur Prüfung der Sachlage um ein Fahrlässigkeitsmoment handle. Dieses Problem ist in der Literatur und auch in der Rechtsprechung hauptsächlich bei dem Unrechtsausschließungsgrund

---

1) Z.B. Sieverts S. 231 f, Maurach II S. 142, and.Ans. z.B. Welzel, NJW 52/565, Arthur Kaufmann JZ 56/393.
2) RGSt 63/92(94).
3) Vgl. BGHZ 3/270(281). Hier wird sogar die pflichtgemäße Prüfung der Erforderlichkeit des Mittels verlangt.
4) NJW 52/565.
5) JZ 56/393.

des übergesetzlichen Notstandes behandelt worden. Aus diesem Grunde soll dieses bei den beiden Unrechtsausschließungsgründen in völlig gleicher Weise auftauchende Problem auch in dieser Arbeit bei dem Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes behandelt werden.

Die objektiven Voraussetzungen des Unrechtsausschlusses bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen sind Tatbestandsmerkmale[1], denn von keiner Voraussetzung kann gesagt werden, daß sie für die materielle Rechtswidrigkeit (bzw. die mangelnde materielle Rechtswidrigkeit) der Tat irrelevant ist.

Wir haben die Berechtigung der Interessenwahrnehmung zerlegt in die Elemente 1. des Anerkanntseins des Interesses, 2. die Höherwertigkeit oder mindestens die Gleichwertigkeit des Interesses in Vergleich zu der angegriffenen Ehre des Verletzten und 3. die Inhaberschaft des Interesses oder das besondere Verhältnis zu dem Inhaber des Interesses sowie 4. die Angemessenheit des Mittels, mit dem das Interesse wahrgenommen wird. Diese Aufgliederung nimmt Schaffstein[2] - ebenso wie das Reichsgericht - nicht vor, er sieht vielmehr die "Berechtigung des Interesses" [3] als Tatbestandsmerkmal an. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen dem Irrtum über einen "Tatbestand"[4] eines Unrechtsausschließungsgrundes (Tatbe-

---

1) Die Ansicht, daß es für den U n r e c h t s a u s s c h l u ß nicht nötig sei, daß berechtigte Interessen vorliegen, daß vielmehr aus der Zweckbestimmung des Interesses folge, daß schon die Vorstellung des Täters vom Vorhandensein anerkannter Interessen genüge (so doch wohl Leip.Komm.II (1951) S.16o, vgl.allerdings aaO S.161) hat das Reichsgericht niemals vertreten. Da es aber anfanglich die Bestimmung des § 193 StGB als S c h u l d ausschließungsgrund ansah (RGSt 6/4o9), kam es sowohl beim Vorliegen wie bei der irrtümlichen Annahme des berechtigten Interesses zu dem gleichen Ergebnis, nämlich zum Schuldausschluß. Das aber nur dann, wenn ein nach Ansicht des Reichsgerichts beachtlicher Tatirrtum oder außerstrafrechtlicher Irrtum vorlag. Vgl. RGSt 25/355(357), 6/4o5(4o9), 34/222, 59/414(415 f). Nach Anerkennung des Unrechtsausschlusses durch § 193 nahm das Reichsgericht bei objektivem Vorliegen anerkannter Interessen Unrechtsausschluß,bei irrtümlicher Annahme ihres Vorliegens Schuldausschluß an.

2) NJW 51/692 f.

3) In Wahrheit also die Berechtigung d.Interessenwahrnehmung.

4) Soll wohl heißen: "Tatumstand".

standsirrtum) und dem Irrtum über dessen Grenzen (Verbotsirrtum)[1] glaubt er, daß die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum ihre klaren Konturen im Falle der Wahrnehmung berechtigter Interessen verliere, weil das Element des berechtigten Interesses als "normative Generalklausel" der Wertung allzu weiten Spielraum lasse.[2] Daß die normative Generalklausel der Berechtigung des Interesses, wie sie auch das Reichsgericht verwendet hat, die klare Trennung von Tatbestands- und Verbotsirrtum unmöglich macht, folgt jedoch nicht aus dem B e i s p i e l ,[3] das Schaffstein anführt, daß nämlich ein Wahlredner glaubt, aus politischen Interessen auch die persönliche Ehre des politischen Gegners angreifen zu können.[4] Die Untersuchung dieses Falles ergibt doch folgendes: Das laienhafte Parallelurteil (der Parallelwert) über den normativen Tatumstand, der dem abstrakten Merkmal "Berechtigung" entspricht, könnte nicht anders heißen als "Befugnis"[5] zur Wahrnehmung des Interesses. Unter diesen Parallelwert hat der Wahlredner im Falle Schaffsteins seine Tathandlung auch richtig subsumiert, er hält sich mit Recht für befugt, es liegt also kein Tatbestandsirrtum vor. Der Täter hat aber auch die Unterordnung des laienhaften Parallelwertes unter das abstrakte Tatbestandsmerkmal richtig vorgenommen, denn dieses erklärt ja[6] als berechtigt ein anerkanntes Interesse (politisches Interesse), das den Täter infolge eines besonderen Verhältnisses nahe angeht (Wahlredner) und das dem Interesse des Angegriffenen (persönliche Ehre) gleichsteht. Diese Voraussetzungen lagen vor, das wahrgenommene Interesse war also nicht nur nach der Vorstellung des Wahlredners sondern auch objektiv im Sinne der Rechtsordnung berechtigt. Das Parallelurteil

---

1) Daß diese Kriterien für die Unterscheidung untauglich sind, wurde bereits oben erörtert.
2) Vgl.den Lösungsversuch Schaffsteins aaO. durch Zuhilfenahme der Prüfungspflicht hinsichtlich der Berechtigung des Interesses.
3) aaO.
4) Vgl.RGSt 4o/1o1(1o4).
5) Erkenntnis des laienhaften Parallelwertes und Kenntnis des abstr.Tatbestandsmerkmals fallen bei Merkmalen wie Berechtigung und Befugnis zusammen.
6) Im Sinne Schaffsteins verstanden.

des Täters stimmt mit dem abstrakten Tatbestandsmerkmal überein, es liegt also auch kein V e r b o t s i r r t u m vor.

Der Irrtum des Täters betrifft ja ein ganz a n d e r e s Tatbestandsmerkmal, nämlich die A n g e m e s s e n h e i t des Mittels. Wenn man den Irrtum so richtig erkennt, dann gelangt man ohne weiteres zu dem von Schaffstein erstrebten Ergebnis, dem Verbotsirrtum. Der Wahlredner irrt ja nicht darüber, daß das Mittel in dem konkreten Fall zum Zweck der Interessenwahrnehmung angemessen ist, sondern glaubt trotz richtiger Kenntnis der konkreten Unangemessenheit, daß er gleichwohl berechtigt sei, für politische Interessen, die persönliche Integrität des politischen Gegners anzugreifen. Somit irrt der Täter nicht über einen konkreten Tatumstand sondern über den abstrakten Inhalt des negativen Tatbestandes. Er irrt nicht über die Tatbestandsverwirklichung sondern über die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens. Die T a t b e s t a n d s m ä ß i g k e i t ist aber als Urteil über den U n r e c h t s t a t b e s t a n d - wie wir gesehen haben - nichts anderes als die R e c h t s w i d r i g k e i t der Tat, sie ist das Urteil über die Tatbestandsverwirklichung. Der Täter befindet sich also im Verbotsirrtum. Das von Schaffstein angeführte Beispiel ist daher nicht geeignet, seine Behauptung, daß die normative Generalklausel des berechtigten Interesses die klaren Konturen zwischen Tatbestands-und Verbotsirrtum verwische,zu stützen.

Schaffsteins Behauptung ist allerdings dann richtig, wenn er unter der Berechtigung des Interesses auch die Angemessenheit des Mittels miterfaßt, denn dann hat der Unrechtsausschließungsgrund nur noch e i n Tatbestandsmerkmal, nämlich die "Berechtigung der Interessenwahrnehmung". Ein Irrtum über die Berechtigung der Interessenwahrnehmung ist dann gleichzeitig ein Irrtum über den Unrechtsausschluß, also über die mangelnde Rechtswidrigkeit der Gesamttat. Schaffstein hat somit einen Unrechtsausschließungsgrund der "berechtigten Wahrnehmung von Interessen" geschaffen, also die

Rechtsmäßigkeit, den Unrechtsausschluß und damit die mangelnde Rechtswidrigkeit der Gesamttat zum Tatbestandsmerkmal gemacht. Er hat das Objekt der Wertung mit der Wertung des Objektes verquickt. Der Vorsatz ist in diesem Falle gleichzeitig auch Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, denn er muß ja hier das "Tatbestandsmerkmal" der Berechtigung der Interessenwahrnehmung erfassen. Das bedeutet, daß Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum zusammenfallt, denn mit dem Irrtum über das "Tatbestandsmerkmal" Berechtigung der Interessenwahrnehmung ist der Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens, also die (mangelnde) Rechtswidrigkeit der Tat untrennbar verbunden. Die Konturen zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum werden hier nicht nur unscharf, sondern es besteht überhaupt kein Unterschied mehr zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum.

Ähnliche Bedenken bestehen gegen die Annahme eines Tatbestandsmerkmals der "berechtigten Interessen", wie sie das Reichsgericht verstand. Zwar steht hier das Merkmal der Erforderlichkeit außerhalb des Elementes "berechtigtes Interesse". In dem Merkmal "berechtigtes Interesse" ist aber der Unrechtsausschluß, der Nichteintritt der Rechtswidrigkeit, also die Wertung des Objektes doch so weitgehend verkörpert, daß man hier davon sprechen kann, daß hier a n n ä h e r n d die Berechtigung des Interesses bereits die Rechtmäßigkeit der W a h r n e h m u n g der Interessen und damit die mangelnde Rechtswidrigkeit der Gesamttat bedeutet.[1] Für das Reichsgericht war dieses Problem ohne Bedeutung, denn bei einem Irrtum über die Berechtigung der Interessen unterschied es ja, ob der Irrtum tatsächlicher oder rechtlicher Natur war, griff also wegen seiner Grundsätze über die Irrtumsbehandlung auf die für die Berechtigung der Interessen konstitutiven tatsächlichen und rechtlichen Elemente zurück.

---

1) Aus diesem Grunde, nämlich wegen der besonderen Bedeutung normativer Generalklauseln für die Rechtswidrigkeit der Tat, bezweifelt Engisch deren Tatbestandseigenschaft (Mezger-Festschrift S. 151).

Die Berechtigung der Interessen, wie sie das Reichsgericht verstand, ist - wie wir gesehen haben - praktisch bereits die B e r e c h t i g u n g d e r I n t e r e s s e n - w a h r n e h m u n g , sie ist nur eine Wertung der negativen Tatumstände, also das Urteil über den negativen Tatbestand und damit das Urteil über die Gesamttat. Als solches, nämlich als reine W e r t u n g d e s O b j e k t e s , kann aber die Berechtigung der Interessenwahrnehmung nicht Tatbestandsmerkmal sein. O b j e k t d i e s e r W e r t u n g sind die Merkmale, die wir als Elemente der Berechtigung der Interessenwahrnehmung erkannt haben. Diese Elemente, die die Wahrnehmung der Interessen berechtigt machen, sind daher als Tatbestandsmerkmale anzusehen.[1)]

Die Fassung des § 193 StGB ist, weil sie die wirklichen negativen Tatbestandsmerkmale nicht erkennen läßt, verfehlt, sie ist ein "Eilprodukt des Gesetzgebers".[2)] In dogmatisch einwandfreier Fassung müßte die Bestimmung lauten:

> Nicht tatbestandsmäßig (= rechtswidrig) handelt der den positiven Tatbestand eines Beleidigungsdeliktes verwirklichende Täter, der ein von der Rechtsordnung anerkanntes Rechtsgut, das dem angegriffenen Rechtsgut gleichwertig ist, als Träger des Rechtsgutes oder auf Grund einer besonderen Beziehung zu dem Rechtsgutträger mit angemessenen Mitteln wahrt.[3)]

---

1) Ein Parallelfall für diese Generalklausel im positiven Tatbestand ist die Rechtswidrigkeit bei der Nötigung. Auch diese Generalklausel ist kein mögliches Objekt des Vorsatzes, sie muß vielmehr in die Elemente zerlegt werden, auf Grund derer das Urteil "rechtswidrig" gefällt wird. Der Tatbestand der Nötigung wird deshalb vielfach als "offener" Tatbestand bezeichnet. Aus der Wortfassung sind also weder im positiven noch im negativen Tatbestand die Tatbestandsmerkmale sicher zu erkennen. Diese ergeben sich vielmehr aus der Auflösung der Handlung in ihre Strukturelemente.

2) Sieverts S. 218. Vgl. dort die Darstellung des Zustandekommens der Bestimmung.

3) Das eventuelle subjektive Unrechtsausschließungsmerkmal der Prüfungspflicht wird, weil es dort bereits zu eingehenden Erörterungen geführt hat, beim übergesetzlichen Notstand mitbehandelt.

5.) und 6.) Unrechtsausschließungsgründe, die auf besonderen Handlungspflichten beruhen.

5.) Das Handeln auf Grund rechtmäßigen Befehles

Die unrechtsausschließende Wirkung des Handelns auf Grund rechtmäßigen Befehles ist allgemein anerkannt.[1] Ob ein Handeln auf Grund rechtswidrigen aber bindenden Befehles den Täter entschuldigt,[2] ist ohne Bedeutung für diese Untersuchung, da Unrechtsausschluß jedenfalls nicht eintritt.[3] Rechtsmäßig ist ein Befehl[4], den ein örtlich und sachlich zuständiger Vorgesetzter mit Anspruch auf Gehorsam im Rahmen seiner dienstlichen Befugnisse unter Beachtung der Rechtsordnung[5] erteilt.[6]

In § 5 Abs.1 bestimmt nun das neue Wehrstrafgesetz,[7] daß ein Untergebener, der eine mit Strafe bedrohte Handlung auf Befehl begeht, dann schuldhaft handelt, wenn ein Verbrechen oder Vergehen vorliegt und er dies erkennt oder es nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. Durch diese Vorschrift ist nicht bestimmt, daß für den Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Befehles die Vorschriften des Verbotsirrtums Anwendung finden sollen, denn auf die Vermeidbarkeit des Irrtums wird nicht insofern abgestellt, als eine Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der Rechtmäßigkeit des Handelns statuiert wird.[8] Auf die Vermeidbarkeit des Irrtums soll es nur insoweit ankommen, als der Täter sich darüber im unklaren befand, daß durch die Tat

---

1) Z.B. Mezger, Lehrbuch S. 226, Maurach I S. 305, Welzel Lehrbuch S. 389 mit weiteren Nachweisen.
2) Mezger, Leip.Komm. S. 346, vgl. Maurach aaO.
3) Mezger aaO.,Welzel Lehrbuch S.390, v.Weber MDR 48/37.
4) Vgl.die Definition des Befehls in § 2 Abs.2 WStG.
5) Auch des Völkerrechts, vgl. Art. 25 des Grundgesetzes.
6) Arndt GA 57/48.
7) BGBl. I S. 298 ff (1957).
8) Arndt, GA 57/50, Dreher JZ 57/396, der an der Formulierung des Gesetzes als Vertreter des Bundesjustizministeriums beteiligt war.

ein V e r b r e c h e n oder V e r g e h e n begangen wurde, der Irrtum also das Merkmal der Beachtung der Rechtsordnung betraf. Auch hier sollen aber an die V e r m e i d b a r k e i t d e s I r r t u m s geringere Anforderungen gestellt werden als sonst bei den Fällen des Verbotsirrtums, denn es muß o f f e n s i c h t l i c h sein, daß ein Verbrechen oder Vergehen vorliegt. Daß die Regelung des § 5 Abs. 1 WStG auch nicht nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ausgerichtet ist, ergibt sich daraus, daß die Beachtung der Rechtsordnung durch den Vorgesetzten als Element des Unrechtsausschlusses nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ein negatives Tatbestandsmerkmal ist. Ein Irrtum darüber, ob der Vorgesetzte im Rahmen der Rechtsordnung geblieben ist - also ein Verbrechen oder Vergehen nicht vorlag - , muß aber als Tatbestandsirrtum dann i m m e r den V o r s a t z ausschließen, ob das Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens offensichtlich ist oder nicht.[1] Die Offensichtlichkeit des Verbrechens oder Vergehens könnte nur für das Schuldmaß des fahrlässigen Deliktes, soweit es mit Strafe bedroht ist, von Bedeutung sein.[2] Eine besondere Prüfungspflicht hinsichtlich des Vorliegens eines Verbrechens oder eines Vergehens soll ja nicht aufgestellt werden, die Annahme eines subjektiven Unrechtsausschließungselementes ist infolgedessen ausgeschlossen.

Die Vorschrift, daß die Offenkundigkeit des Vorliegens eines Verbrechens oder Vergehens den Ausschluß der Schuld verhindert, entspricht der Auffassung des angelsächsischen Rechtskreises, die auch bei den Nürnberger Prozessen maßgeblich war.[3] Daß damit eine Behandlung des Irrtums im Bereich eines Unrechtsausschließungsgrundes erfolgt, die mit den allgemeinen Regeln über den Irrtum im Gebiet des Unrechtsausschlusses unvereinbar ist, somit eine Sonderregelung ohne dogmatische Begründung getroffen wird, ist nicht zu bestrei-

---

1) Wobei die Frage offen bleibt, ob a l l g e m e i n auf die Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Tatbestandsirrtums abgestellt werden kann.
2) Vgl.v.Weber, MDR 48/36 ff.
3) v.Weber, MDR 48/34 ff.

ten.[1] Die Auffassung, daß schon die Offensichtlichkeit des Vorliegens der Rechtswidrigkeit des Befehles den Schuldausschluß verhindert, auch wenn der Untergebene den Befehl für rechtmäßig hielt, ist nach dem zweiten Weltkriege auch von der Rechtsprechung in Deutschland vertreten worden.[2] Hierbei beruft sich das Urteil des OLG Freiburg vom 9.2.195o [3] zu Unrecht auf das Urteil des Reichsgerichtes zum Fall der Versenkung des Lazarettschiffes "Llandovery - Castle" durch ein deutsches Unterseeboot.[4] Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung bei Offenkundigkeit des verbrecherischen Charakters der Befehlsausführung lediglich eine B e w e i s v e r m u t u n g dahingehend angenommen, daß, was allen bekannt war, auch dem Täter bekannt sein mußte.[5] Der Gegenbeweis, daß der Täter trotz Offenkundigkeit den verbrecherischen Charakter nicht erkannt hatte, mußte also zum Vorsatzausschluß führen. Das Reichsgericht hat infolgedessen nicht wegen vorsätzlicher sondern wegen f a h r l ä s s i g e r Tötung bestraft.[6]

Der Ansicht v. Webers, daß der Unrechtsausschließungsgrund des Handelns auf Befehl keine Sonderregelung erfordere, ist zuzustimmen, wenn man sich klarmacht, daß von der Offenkundigkeit des verbrecherischen Charakters des Verhaltens r e g e l m ä ß i g auf den Vorsatz des Täters geschlossen werden kann.[7]

---

1) Wenn man nicht den Vorsatzausschluß von der Unvermeidbarkeit des Tatbestandsirrtums abhängig machen will.
2) Vergleiche insbesondere das Urteil des OLG Freiburg vom 9.2.195o (JZ 51/85 f),das sich (wohl kaum zu Recht) auf die eingeschränkte Vorsatztheorie Mezgers bezog, nach der ein auf Rechtsblindheit beruhendes mangelndes Bewußtsein der Rechtswidrigkeit u n b e a c h t l i c h ist. Nach dieser Ansicht wäre also dann der Grundsatz, daß die Offenkundigkeit eines Verbrechens oder Vergehens den Schuldausschluß verhindert, eine Auswirkung der V o r s a t z theorie, Dann soll somit im neuen StGB (vgl.Dreher,ZStW 67/44o ff) die Schuldtheorie gelten,im Wehrstrafges.ebenfalls,bei dem Einzelfall des Irrtums über d.Verbrechens- oder Vergehenscharakter der Tat aber die Vorsatztheorie?
3) In JZ 51/85 f.
4) Hierzu v.Weber MDR 48/34,36,38, und JZ 51/86 (Anmerkung zum Urteil des OLG Freiburg v.9.2.195o).
5) v.Weber aaO.
6) v. Weber aaO.
7) Hierdurch wird der Vorsatz n i c h t f i n g i e r t , sondern lediglich eine Erleichterung seines N a c h w e i s e s festgestellt.

Auch die Regelung in § 47 des alten Militärstrafgesetzbuches, wonach nur positives Wissen um den verbrecherischen Charakter der Handlung den Schuldausschluß verhindert, steht im Widerspruch zu der Erkenntnis, daß bereits die mangelnde Vorstellung von einem negativen Tatbestandsmerkmal (Tatumstand) den Vorsatz begründet. Hier wird aber für den Vorsatz das positive Wissen um das Nichtvorliegen des Tatumstandes der Beachtung der Rechtsordnung verlangt. Die dogmatisch richtige Lösung ist, daß die mangelnde Vorstellung des Täters von der Beachtung der Rechtsordnung durch den befehlenden Vorgesetzten seinen Vorsatz begründet, denn dann liegen in seinem Vorstellungsbild nicht mehr alle negativen Tatumstände vor.

Ein weiterer Einwand gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 1 WStG folgt daraus, daß sie nichtsdarüber aussagt, welche Wirkung ein Irrtum über ein anderes Element des Unrechtsausschließungsgrundes haben soll.[1)]

Schließlich läßt § 5 Abs. 2 WStG [2)] erkennen, daß nicht nur Irrtumsfälle von § 5 WStG erfaßt werden sollen, sondern gleichzeitig die Fälle, in denen der Untergebene im Zwiespalt zwischen der Pflicht zum Gehorsam und der Pflicht, rechtmäßig zu handeln, dem psychischen Druck[3)] seiner Untergebenenstellung nachgegeben hat. Die Fassung des § 5 WStG erscheint daher aus mehreren Gründen als verfehlt. Ob eine Sonderregelung für den Unrechtsausschließungsgrund des Handelns auf Befehl aus den besonderen Bedürfnissen dieses Unrechtsausschließungsgrundes mit seiner den Untergebenen belastenden Zwangslage zwischen Gehorsamspflicht und Pflicht zum rechtmäßigen Verhalten gerechtfertigt werden kann, erscheint höchst zweifelhaft, ja unmöglich, wenn man bedenkt, daß unter Anwendung der allgemeinen Regeln durchaus gerechte Ergebnisse erzielt werden.

---

1) Anwendung von § 59 StGB: Arndt GA 57/51 f.
2) In Verbindung mit der Erläuterung durch Dreher JZ 57/395f, der an der Fassung des Gesetzes beteiligt war.
3) Dreher aaO.

Einer dogmatisch einwandfreien Behandlung des Irrtums über die Rechtmäßigkeit des Befehles, soweit der Irrtum darauf beruht, daß der Untergebene verkennt, daß er durch sein Verhalten ein Verbrechen oder Vergehen begeht, steht die gesetzliche Vorschrift des § 5 WStG de lege lata entgegen. Eine dogmatisch einwandfreie Fassung der Vorschrift ist aber de lege ferenda in dem Sinne anzustreben, als der Irrtum über j e d e n Tatumstand des Unrechtsausschließungsgrundes als vorsatzausschließend anzusehen ist.[1)]

Aus den für den Unrechtsausschluß bedeutsamen Elementen des Handelns auf Grund rechtmäßigen Befehles ergibt sich für den Unrechtsausschließungsgrund folgende Formulierung:

> Nicht tatbestandsmäßig (= rechtswidrig) handelt ein Untergebener, der auf Grund eines von seinem sachlich und örtlich zuständigen Vorgesetzten im Rahmen von dessen dienstlichen Befugnissen unter Beachtung der Rechtsordnung erteilten Befehles tätig wird.

6.) Das Züchtigungsrecht

Die unrechtsausschließende Wirkung des Züchtigungsrechtes auf den positiven Tatbestand der Körperverletzung ist übereinstimmende Meinung in Lehre und Rechtsprechung.[2)] Seine Erörterung erfolgt in dieser Arbeit bei den Unrechtsausschließungsgründen aus besonderen Handlungs p f l i c h t e n , weil das Erziehungsrecht und das aus ihm abgeleitete Züchtigungsrecht eine Auswirkung der Erziehungs p f l i c h t ist und so nicht eigentlich Rechtsausübung sondern Wahrnehmung einer Pflicht ist.[3)]

Voraussetzung des Unrechtsausschlusses ist zunächst, daß eine Verfehlung, ein Z ü c h t i g u n g s g r u n d vor-

---

1) Vgl. hierzu das neue StGB bei Dreher ZStW 67/44o (dazu Arthur Kaufmann JZ 56/353).
2) Z.B. Mezger, Lehrb. S. 227, Maurach I S.3o7, Welzel, Lehrbuch S. 228, RG 76/3 ff, BGHSt 6/263(269).
3) Mezger, Studienbuch I S. 122, BGHSt 6/263(269).

liegt. Zweite Voraussetzung des Unrechtsausschlusses ist auch hier, daß das Züchtigungsmittel a n g e m e s s e n ist,[1] die Züchtigung muß also in einem pädagogisch vertretbarem Maße erfolgen. Umstritten ist, w e r zur Züchtigung berechtigt ist. Daß nicht jedermann befugt ist, fremde Kinder zu züchtigen, auch wenn ein Züchtigungsanlaß besteht, ist nahezu übereinstimmende Meinung.[2] Unbestreitbar ist nur, daß die personensorgeberechtigten Eltern das Recht haben, Zuchtmittel gegen das m i n d e r j ä h r i g e[3] K i n d anzuwenden.[4] Und damit ist die letzte Voraussetzung des Unrechtsausschlusses aufgeführt: das Objekt der Züchtigung muß ein minderjähriges Kind sein, es darf also das 21.Lebensjahr noch nicht vollendet haben.[5] Das gleiche Recht zur Züchtigung, das den Eltern zusteht, muß aber auch demjenigen zustehen, dem die Eltern die Ausübung des Erziehungsrechtes ü b e r t r a g e n haben und demjenigen, dem die Sorge für die Person des Kindes kraft behördlichen Aktes zugewiesen worden ist.

Die übrigen Züchtigungsberechtigungen sind im Laufe dieses Jahrhunderts nahezu vollständig abgebaut worden.[6] Die letzten Reste des Züchtigungsrechtes des Ehemannes entfielen in Deutschland (Bayern) mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Durch Art.95 III EGBGB wurde das Züchtigungsrecht des Dienstherrn gegenüber dem Gesinde beseitigt.

---

1) Mezger aaO., RGSt 41/99, Maurach, I S.308, Leip.Komm. I S. 334.
2) Vgl.Maurach I S.3o8, Leip.Komm I S.335 mit Ausführungen darüber, inwieweit bei der Züchtigung fremder Kinder auf andere Weise der Unrechtsausschluß begründet werden kann, vgl. auch Mezger, Studienbuch I S. 123, RGSt 61/192(193).
3) §§ 1626, 1631 BGB.
4) Daß das Züchtigungsrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18.7.1957 jetzt beiden Elternteilen in gleichem Maße zusteht, ergibt sich aus dem Vergleich zwischen §§ 1627, 1631 Abs. 1 u.2, 1934 alter Fassung und §§ 1626, 1627, 1631 BGB neuer Fassung.
5) §§ 1631, 1626, 2 BGB.
6) Die folgende Darstellung folgt den Ausführungen in BGHSt 6/263(267 ff).

Seit 1902 verbietet die Seemannsordnung dem Kapitän, die Matrosen zu züchtigen. Durch § 154 der Gewerbeordnung wird der kaufmännische Lehrling vor Züchtigungen durch den Lehrherrn geschützt und das Gesetz vom 27.12.1951 (BGBl. I S. 1007) schaffte das Züchtigungsrecht des Lehrherrn gegenüber dem gewerblichen Lehrling ab.

Lediglich hinsichtlich des Züchtigungsrechtes des Lehrers besteht keine Einigkeit.[1] Im Zuge des Abbaues der Züchtigungsbefugnisse begannen nach dem ersten Weltkriege einzelne deutsche Länder, das Züchtigungsrecht des Lehrers durch Gesetz zu beseitigen.[2] In anderen Ländern wurde die Züchtigung in den Schulen durch Verwaltungsanordnungen verboten oder eingeschränkt. Das Reichsgericht hat derartigen Verwaltungsanordnungen teilweise nur disziplinarrechtliche Bedeutung beigemessen[3] teilweise hat es sie aber auch als maßgeblich für den Inhalt des Unrechtsausschließungsgrundes behandelt.[4] Der Bundesgerichtshof[5] mißt solchen Verwaltungsanordnungen mit Recht keine Bedeutung für das Strafrecht bei, weil die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht von Land zu Land (oder gar von Schule zu Schule) verschieden sein kann, sondern unter der Herrschaft ein und desselben Strafgesetzes gleich sein muß. Das muß aber darüberhinaus auch für die Regelungen gelten, die von Bundesländern auf dem Wege des Gesetzes getroffen werden, da hier die Gesichtspunkte die gleichen sind wie bei den Verwaltungsanordnungen.[6] Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob dem Lehrer ein Züchtigungsrecht zusteht, offengelassen, läßt aber erkennen, daß er grundsätzlich dem Recht zur körperlichen Züchtigung durch Lehrer ablehnend gegenübersteht.[7] Die Ansicht, daß dem

---

1) Vgl. OLG Koblenz in NJW 55/602, RGSt.73/257 ff, Leip. Komm II (1951) § 223 III 4, OLG Schleswig in JZ 57/450, OLG Hamm in JZ 57/452, Bruns JZ 57/410 mit weit.Nachw.
2) Vgl.auch W.Jellinek, Verwaltungsrecht S. 501 f.
3) RGSt 73/257(260 f) 4) RGSt 43/277 ff. 5) BGHSt 6/268.
6) Wobei allerdings die Frage der Zuständigkeit für die Gesetzgebung infolge der Kulturhoheit der Länder einer eingehenden Untersuchung bedarf.
7) BGHSt 6/263(268).

Lehrer ein Züchtigungsrecht grundsätzlich nicht zusteht, muß schon deshalb als richtig angesehen werden, um eine leichtfertige Prügelpädagogik zu verhindern. Wenn ein Lehrer glaubt, ohne körperliche Zuchtmittel bei einem bestimmten Schüler nicht auszukommen, so steht es ihm ja frei, sich von den personensorgeberechtigten Eltern die Ausübung des Züchtigungsrechtes (und zwar generell, nicht nur für den Einzelfall) übertragen zu lassen.

Daß für den Unrechtsausschluß bei der Züchtigung das subjektive Element des Handelns zum Erziehungszweck bedeutsam ist, entspricht überwiegender Meinung in Lehre und Rechtsprechung.[1)]

Ebenso wie bei der Notwehr und bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen findet jedoch der Züchtigungszweck bei dem Unrechtsausschließungsgrund der Züchtigung in der objektiven Zwecksetzung der Handlung seinen Ausdruck. Ein subjektives Element des Züchtigungswillens ist deshalb für den Unrechtsausschluß nicht erforderlich.

Ein Problem des Irrtums über negative Tatumstände soll an dieser Stelle erörtert werden, weil es Niese[2)] bei dem Unrechtsausschließungsgrund des Züchtigungsrechtes aufgeworfen hat. Es handelt sich um den Fall, daß der Täter sich hinsichtlich e i n e s Elementes des Unrechtsausschließungsgrundes im Verbotsirrtum befindet, hinsichtlich e i n e s a n d e r e n Tatbestandsmerkmales aber das diesem entsprechende konkrete Tatelement irrtümlich für vorhanden hält. Niese glaubt, daß der Täter in diesem Falle im Tatbestandsirrtum hinsichtlich des einen negativen Tatumstandes und im Verbotsirrtum hinsichtlich eines anderen negativen Tatelementes gehandelt habe. Er führt als Beispiel an, daß der Züchtigungsberechtigte ein Kind irrtümlich für schuldig gehalten, es außerdem über das Maß hinaus geschlagen und dieses Verhalten für rechtmäßig gehalten hat, weil er annahm, daß er sein Handeln nicht auf das erforderliche Maß beschränken

---

1) Z.B. Mezger, Lehrbuch S. 228, Maurach I S. 308, Sieverts S.206f (mit weiteren Nachweisen, RGSt 67/324(327).
2) DRZ 53/22, übereinstimmend Armin Kaufmann JZ 55/4o f.

müsse. Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen könne der Täter hier allenfalls wegen f a h r l ä s s i g e r Körperverletzung bestraft werden, weil der Täter ja hinsichtlich der V e r f e h l u n g des Kindes im Tatbestandsirrtum gehandelt habe. Bei mangelnder Fahrlässigkeit des Tatbestandsirrtums müsse der Täter sogar freigesprochen werden. Andererseits wäre - nach Ansicht Nieses - bei Anwendung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen der Täter in dem gleichen Fall, nur mit dem Unterschied, daß das Kind wirklich eine Verfehlung begangen habe, bei Vermeidbarkeit des Irrtums über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens wegen vorsätzlicher Tat zu bestrafen, denn hier liege ja nun n u r ein Verbotsirrtum vor.[1] Der Täter würde also bei dem gleichen Verhalten gegenüber einem Schuldigen strenger bestraft, als wenn sich seine Tat gegen einen Unschuldigen richte.

Diesen Einwand hat Arthur Kaufmann[2] als fehlerhaft erkannt und mit der Klarstellung widerlegt, daß ja auch im e r s t e n Fall gar kein Tatbestandsirrtum vorliegt, denn der Täter nahm ja die Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes an, den die Rechtsordnung nicht kennt, nämlich eines Unrechtsausschließungsgrundes der Züchtigungsbefugnis o h n e das Erfordernis der Angemessenheit der Züchtigungsmaßnahme.

Daß Arthur Kaufmann mit diesem Argument recht hat, ergibt sich aus folgender Erwägung: Der vorsatzausschließende Tatbestandsirrtum liegt - wie wir wissen - nur dann vor, wenn der Täter irrtümlich a l l e Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes für vorhanden hält. Die Vorstellung des Täters hat aber auch im ersten Beispielsfalle Nieses e i n e n Tatumstand des Unrechtsausschlusses nicht erfaßt, nämlich die Angemessenheit der Züchtigungshandlung. Ein den Vorsatz ausschließender Tatbestandsirrtum lag also gar nicht vor. Der Züchtigende hat vielmehr o h n e T a t b e s t a n d s i r r t u m sein Verhalten irrtümlich für rechtmäßig gehalten, also lediglich im V e r b o t s i r r t u m

---

1) Wenn man die Schuldtheorie anwendet.
2) JZ 54/658.

gehandelt.

I n d e r R e g e l wird ein Tatbestandsirrtum im negativen Tatbestand dann überhaupt nicht in Frage kommen, wenn der Täter den abstrakten Inhalt des Unrechtsausschließungsgrundes falsch beurteilt (sich insoweit also im Verbotsirrtum befindet). A u s n a h m s w e i s e kann aber auch in diesem Falle ein Vorsatzausschluß durch Tatbestandsirrtum eintreten, wenn der Täter trotz seiner Fehlvorstellung über den abstrakten Inhalt des negativen Tatbestandes a l l e Tatumstände des wirklichen (anerkannten) Unrechtsausschließungsgrundes für gegeben hält. Bei dem ersten Beispiel Nieses müßte also der Täter der Meinung sein, seine Züchtigungshandlung sei im konkreten Falle angemessen. Dann hat er sich a l l e negativen Tatumstände vorgestellt und ist im Tatbestandsirrtum befangen, auch wenn er generell der Meinung ist, daß das Züchtigungsrecht das Unrecht des Verhaltens auch bei einer übermäßigen Züchtigung ausschließe.

Von den aufgeführten objektiven Merkmalen des Unrechtsausschließungsgrundes ist keines für die mangelnde materielle Rechtswidrigkeit der Tat bedeutungslos. Sie sind daher sämtlich Tatbestandsmerkmale und somit die ihnen entsprechenden Tatumstände Gegenstand des Tatbestandsirrtums. Der Unrechtsausschließungsgrund des Züchtigungsrechtes erfordert folgende Formulierung:

> Nicht tatbestandsmäßig (= rechtswidrig) handeln die zur Personensorge berechtigten Eltern oder die Personen, denen die Eltern die Ausübung der Personensorge übertragen haben, oder denen die Personensorge kraft behördlichen Aktes überlassen worden ist, die ein dieser Personensorge unterliegendes minderjähriges Kind in angemessener Weise züchtigen.

7.) Der übergesetzliche Notstand (Rechtsgüterkollision) [1]

Der Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Not-

---

1) Maurach I S.29o ff, Mezger, Lehrbuch S.239 ff, Schönke-Schröder S.27o ff, Leip.Komm 1 S.35o ff, Welzel,. Lehr-

standes hat sich gewohnheitsrechtlich entwickelt. Die gesetzlichen Bestimmungen über das Notstandsrecht waren nicht in der Lage, allen Notstandsfällen die billige und gerechte Beurteilung zu sichern. Die gesetzlichen Vorschriften über den rechtfertigenden Notstand (insbesondere §§ 228,904 BGB) rechtfertigten nur Sacheingriffe, nicht aber Einwirkungen auf Menschen, während der entschuldigende Notstand zwar die Einwirkung auf jedes Rechtsgut zuließ, zur Voraussetzung aber hatte, daß das in Schutz genommene Rechtsgut dem Täter selbst oder einem nahen Verwandten des Täters zustand und daß der Notstand nicht verschuldet war. Auch ließ der Notstand des Strafgesetzbuches als Entschuldigungsgrund die Rechtswidrigkeit der Tat unberührt. Die gesetzlichen Notstandsvorschriften versagten insbesondere in einem Fall, nämlich bei der medizinisch indizierten Schwangerschaftsunterbrechung. Die Beseitigung der Leibesfrucht zur Rettung des Lebens der Mutter hatte die Ärzteschaft als selbstverständlich nicht rechtswidrig angesehen, obwohl eine gesetzliche Stütze für diese Ansicht nicht bestand. Nachdem die Lehre schon früh die Meinung vertreten hatte, daß die Erfüllung einer höheren Pflicht auf Kosten einer minderen nicht rechtswidrig sein könne, erkannte das Reichsgericht[1] schließlich dem übergesetzlichen Notstand als einer Auswirkung des Prinzips der Güter- und Pflichtenabwägung[2] unrechtsausschließende Bedeutung zu[3]: "In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllen-

---

buch S. 74 ff; Grünhut, Grenzen des überges.Notstandes ZStW 51/455, E.Schmidt, Das Reichsgericht und der übergesetzl. Notstand, ZStW 49/350 ff, Wachinger, Der übergesetzl. Notstand nach d.neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts in Frank-Festgabe I S.469 ff,Tübingen 1930.

1) RGSt 61/242(254).

2) Literaturnachweise für die Güterabwägungstheorie bei Mezger, Leip.Komm. I S.352. Daß der übergesetzliche Notstand auf der Zwecktheorie aufbaut (Handeln mit dem angemessenen Mittel zum angemessenen Zweck) behaupten u.a. Welzel, Lehrbuch S. 75, E.Schmidt ZStW 49/350 ff, Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle (1905) S.48,50.

3) RGSt 61/242(252,254).

de Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhaltnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden". Der an sich nur auf die Schwangerschaftsunterbrechung bezogenen Entscheidung wurde von Lehre und Rechtsprechung allgemeine Bedeutung für alle Fälle der Güter- und Pflichtenkollission beigemessen.[1] Der Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes war damit anerkannt.

Hier soll nur der Unterfall des übergesetzlichen Nostandes untersucht werden, der durch die K o l l i s s i o n v o n R e c h t s g ü t e r n bestimmt ist. Erste Voraussetzung des Unrechtsausschlusses ist eine echte K o l l i s s i o n von R e c h t s g ü t e r n . Ob sie verschuldet ist, ist unerheblich,[2] sie darf nur nicht absichtlich zum Zwecke der Ausnützung der Notstandssituation herbeigeführt worden sein. Das in Schutz genommene Rechtsgut braucht nicht dem Täter zuzustehen, auf übergesetzlichen Notstand kann sich infolgedessen auch berufen, wer das Rechtsgut irgend eines anderen schützt. Das geschützte Rechtsgut muß von objektiv h ö h e r e m W e r t sein als das bedrohte, bzw. angegriffene,[3] das heißt, objektiv und individualisierend muß jeweils der konkrete Wert der kollidierenden Rechtsgüter unter Würdigung aller Begleitumstände ermittelt werden.[4] Dem höherwertigen Rechtsgut muß eine g e g e n w ä r t i g e G e f a h r drohen, es muß also ein Zustand vorhanden sein, "der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird".[5] Diese Gefahr darf nur

---

1) Maurach I S.291.
2) Leip.Komm.I S.352, RG 61/242(255), a.A. OLG Hamm,MDR 49/184.
3) Der andere Fall, daß das gefahrdete Rechtsgut auf Kosten eines gleichwertigen erhalten wird, wird durch das Güterabwagungsprinzip dahin gelöst, daß dieses Verhalten nicht als rechtmäßig wohl aber als rechtlich irrelevant (unverboten) gewertet wird, Leip.Komm.I S. 353.
4) Mezger in Leip.Komm. I S.352.
5) RGSt 61/255.

durch den Angriff auf das geringerwertige Rechtsgut beseitigt werden können, das angewandte M i t t e l zur Rettung des höheren Rechtsgutes muß also das einzig mögliche und damit auch in seiner Schwere n o t w e n d i g e sein.[1] Unter diesen objektiven Voraussetzungen tritt der Unrechtsausschluß auch dann ein, wenn der Täter nicht die A b s i c h t hatte, das höherwertige Rechtsgut zu retten.[2] Auch hier kommt der Rettungszweck in der objektiven Zwecksetzung des Handelns zum Ausdruck. Der Unrechtsausschluß ist deshalb nicht von einem subjektiven Element abhängig.

Das Reichsgericht hat daraus, daß dem Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes das Güterabwägungsprinzip zugrundeliegt, geschlossen, daß vor der Notstandshandlung die im Widerstreit stehenden Rechtsgüter vom Täter wirklich pflichtgemäß abgewogen werden müssen.[3] Die in ständiger Rechtsprechung vertretene[4] Auffassung des Reichsgerichtes, daß der Täter das Vorliegen der Notstandslage p f l i c h t g e m ä ß n a c h p r ü f e n m ü s s e , wenn der Unrechtsausschluß eintreten solle, war darauf zurückzuführen, daß leichtsinnige Eingriffe bei der Schwangerschaftsunterbrechung - dem Hauptanwendungsfall des übergesetzlichen Notstandes - verhindert werden sollten.[5] Eine dogmatische Begründung dieses E r f o r d e r n i s s e s d e s U n r e c h t s a u s s c h l u s s e s ist niemals in befriedigender Weise erfolgt.

---

1) Über die Fortgeltung von § 14 Abs.1 des Erbgesundheitsgesetzes und seine Bedeutung für den Unrechtsausschliessungsgrund des übergesetzlichen Notstandes sowie über ein Erfordernis der Einwilligung der Schwangeren bei der Unterbrechung der Schwangerschaft vgl. Maurach I S. 292, Mezger, Studienbuch II S. 33 mit Nachweisen.
2) a.M. z.B. Mezger in Leip.Komm. I S. 352, Maurach I S. 293, Welzel, Lehrbuch S. 75.
3) RGSt 62/137(138). Das Reichsgericht hat weiter gefolgert, daß der Prüfungspflicht bei der Schwangerschaftsunterbrechung nur ein Arzt genügen könne, deshalb könne sich in diesem besonderen Falle des übergesetzlichen Nostandes nur der Arzt auf übergesetzlichen Notstand berufen. Anderer Ansicht ist die Lehre, vgl. Maurach I S. 293, Mezger, Studienbuch I S. 127.
4) RGSt 62/137(138), 64/101(104).
5) Wachinger aaO. S. 515 f.

Die Rechtsprechung hat auch nach dem 2. Weltkriege die Behandlung des übergesetzlichen Notstandes in der vom Reichsgericht eingeschlagenen Richtung fortgesetzt.[1]

In der Entscheidung vom 2.März 1951 [2] versuchte der Bundesgerichtshof das Erfordernis der pflichtgemäßen Prüfung der Notstandslage dadurch zu rechtfertigen, daß er dieses Merkmal als eine Aufforderung an den Richter ansah, bei Vernachlässigung der Prüfungspflicht die Frage des bedingten Vorsatzes besonders sorgfältig zu untersuchen. Ein Gedanke, der naheliegt,[3] wenn man bedenkt, daß der Vorsatz bei negativen Tatumständen ja nur die mangelnde Vorstellung von ihrem Vorliegen bedeutet, für einen Irrtum andererseits die positive Fehlvorstellung von ihrem Vorliegen erforderlich ist. Hat der Täter Zweifel darüber, ob die negativen Tatumstände vorliegen, dann ist entscheidend dafür, ob bedingter Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, die Antwort auf die Frage, ob der Täter das für möglich gehaltene Nichtvorliegen der negativen Tatumstände in Kauf genommen hat,[4] also auch auf die ihm bewußte Gefahr hin, daß die negativen Tatumstände nicht vollständig vorlagen, die Tat begangen hat. Eine solche Auslegung des Erfordernisses der pflichtgemäßen Prüfung begegnet sicherlich keinen rechtsdogmatischen Bedenken. Andererseits sagt bei derartiger Auslegung die Prüfungspflicht nichts für den übergesetzlichen Notstand Besonderes aus, denn die Regeln des bedingten Vorsatzes gelten bei anderen Unrechtsausschließungsgründen in der gleichen Weise. Ein besonderer Hinweis auf die Prüfungspflicht beim übergesetzlichen Notstand wäre also völlig überflüssig.

Die genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofes geht aber

---

1) OGHSt 1/333, BGHSt 2/111(114), 3/7, BGH in NJW 51/412 f, 769 f, 52/312 f.
2) NJW 51/412 f.
3) Vgl. Arthur Kaufmann JZ 56/393.
4) Vgl. RGSt 67/424(425), Mezger, Studienbuch I S. 166, Schönke-Schröder, 7.Auflage S. 250-52.

weiter und behauptet, daß nicht jeder Irrtum des Täters über das Vorliegen des Notstandes die Strafe ausschließe, nämlich nicht der Irrtum, der auf L e i c h t f e r t i g k e i t beruhe. Damit aber hat der Bundesgerichtshof die Grundlage der Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und Fahrlässigkeit verlassen, denn ein Irrtum hinsichtlich eines negativen Tatumstandes, nämlich eine p o s i t i v e F e h l v o r s t e l l u n g schließt den Vorsatz immer aus, der Grund des Irrtums, die Fahrlässigkeit kann nur noch für die fahrlässige Tatbegehung erheblich sein. Der bedingte Vorsatz gehört in das Gebiet des Zweifels,[1] ein Zweifel liegt aber dann nicht vor, wenn der Täter positiv das Vorliegen der Tatumstände des Notstandes annimmt. Der Bundesgerichtshof hat daher entgegen seiner ausdrücklichen Erklärung die Grundsätze des bedingten Vorsatzes in dieser Entscheidung nicht angewendet.

Die Pflicht zur Prüfung, ob ein Widerstreit rechtlich geschützter Güter objektiv vorliegt, der nur durch die Verletzung eines der Rechtsgüter gelöst werden kann, wurde vom Bundesgerichtshof später - wahrscheinlich aus der Erkenntnis, daß die eben besprochene Entscheidung in ihrer Begründung unhaltbar ist - als subjektives Element des Unrechtsausschlusses bezeichnet.[2] Wir treffen hier also auf das gleiche Problem, das uns schon bei dem Unrechtsausschließungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen begegnet ist.[3] Die folgenden Ausführungen gelten daher entsprechend für diesen Unrechtsausschließungsgrund, der ja ebenfalls seine Entstehung dem Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung verdankt.

Die Konstruktion eines subjektiven Unrechtsausschließungselementes der sorgfältigen Prüfung des Vorliegens der Notstandsvoraussetzungen und der Angemessenheit des angewendeten Mittels zum Schutze des höheren Rechtsgutes ist besonders nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 6.Juni

---

1) Mezger, Studienbuch I S.164.
2) z.B. BGHSt 2/111(115).
3) Vgl. Seite 78 ff.

1952[1] angegriffen worden.[2] Als der Bundesgerichtshof diese Entscheidung fällte, befand er sich in einer Zwangslage. Einerseits war das Erfordernis der Prüfung als subjektives Unrechtselement vom Bundesgerichtshof anerkannt worden. Andererseits hatte der Bundesgerichtshof dem Irrtum über ein Merkmal eines Unrechtsausschließungsgrundes ständig vorsatzausschließende Wirkung beigemessen.[3] In der Entscheidung vom 6. Juni 1952 hat der Bundesgerichtshof nun nicht übersehen, daß bei der irrtümlichen Annahme der Notstandsvoraussetzungen ohne vorheriger gewissenhafter Prüfung nach seiner Irrtumsrechtsprechung Vorsatzausschluß eintreten müßte, nach seiner Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand bei Verletzung der Prüfungspflicht ein Irrtum über die Voraussetzungen des Notstandes den Vorsatzausschluß aber nicht bewirken könnte.

Diesen Konflikt löste der Bundesgerichtshof, der das Erfordernis der Prüfungspflicht nicht aufgeben wollte, damit, daß er erklärte, der Arzt - der nach dem Urteilstatbestand annahm, die Selbstmorddrohung der Schwangeren sei ernstgemeint - habe sich nicht in einem Tatumstandsirrtum befunden, denn er habe nicht irrig einen Sachverhalt als gegeben angesehen, der alle Merkmale des übergesetzlichen Notstandes aufwies, vielmehr könne er nur angenommen haben, die zur Rettung des Lebens der Mutter vorgenommene Unterbrechung der Schwangerschaft sei auch ohne gewissenhafte Prüfung der Notstandslage zulässig.[4]

Diese Argumentation erscheint auf den ersten Blick als Verdrehung des Sachverhaltes. Sie wird erst verständlich, wenn man erkennt, daß der Bundesgerichtshof für das (für Vorsatz und Irrtum maßgebliche) Vorstellungsbild des Täters auch das subjektive Element der Prü-

---

1) BGHSt 3/7.
2) Lange, JZ 53/9 ff, Welzel, JZ 55/142 ff, Arthur Kaufmann, JZ 56/393 f, Schröder, MDR 53/72, Niese, DRZ 53/2o f, Maurach I S. 418.
3) Z.B. BGHSt 1/2o3(2o7).
4) Das aber wäre ein Verbotsirrtum.

f u n g s p f l i c h t für bedeutsam hält. Dann kann freilich der Täter, der die Prüfungspflicht verletzt hat, sich niemals einen Sachverhalt vorstellen, der a l l e Merkmale des übergesetzlichen Notstandes aufweist. Der Nichteintritt des Unrechtsausschlusses muß immer auch den Nichteintritt des Vorsatzausschlusses zur Folge haben, es sei denn, der Täter nimmt irrtümlich an, er habe gewissenhaft geprüft. Für das Vorstellungsbild des Täters im Sinne des Vorsatzes können aber nur die o b j e k t i v e n Tatumstände von Bedeutung sein, denn sie allein sind Bezugsobjekt des Vorsatzes und damit Gegenstand des Tatbestandsirrtums.[1] Der Versuch des Bundesgerichtshofes, den Konflikt bei dem Irrtum über die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes damit zu lösen, daß er als Bezugsobjekt des Vorsatzes auch ein subjektives Element des Unrechtsausschlusses ansah, kann deshalb als mit der Lehre von Vorsatz und Irrtum unvereinbar kein dogmatisch richtiges Ergebnis zeitigen.

Welzel[2] hat mit Recht geltend gemacht, daß die P r ü f u n g s p f l i c h t bezüglich des Vorliegens des Notstandes und der Erforderlichkeit des Mittels n i c h t s u b j e k t i v e s E l e m e n t d e s U n r e c h t s a u s s c h l u s s e s sein könne, denn sonst müßte auch der Arzt, der bei v o r l i e g e n d e m N o t s t a n d den e r f o r d e r l i c h e n Eingriff in Rettungsabsicht vornimmt, wegen Abtreibung bestraft werden, wenn er nicht die Notstandslage gewissenhaft geprüft hätte. Für den Unrechtsausschluß hätte ja ein subjektives Element gefehlt. Ein Ergebnis, das weder das Reichsgericht noch der Bundesgerichtshof erreichen wollte.

Welzel hat auch das Wesen des Merkmals der pflichtgemäßen Prüfung richtig als für den Irrtum (nicht für den Unrechtsausschluß) erheblich erkannt. Der Grundsatz, den er aus dem Erfordernis der pflichtgemäßen Prüfung ableitet, ist, daß

---

1) Vgl. Welzel ZStW 67/22o zu der gleichen Entscheidung.
2) JZ 55/142 ff, ebenso Arthur Kaufmann JZ 56/393.

der Täter, der die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes irrig annimmt, nur dann entschuldigt ist, wenn sein Irrtum u n v e r m e i d b a r war. Damit, so argumentierte er richtig, ist bei dem Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes die Ansicht aufgegeben, daß der Irrtum über einen Tatumstand eines Unrechtsausschließungsgrundes, g l e i c h g ü l t i g o b e r v e r m e i d b a r o d e r u n v e r m e i d b a r w a r, s t e t s d e n V o r s a t z a u s s c h l i e ß e, es komme vielmehr eben auf diese Vermeidbarkeit oder Unvermeidbarkeit des Irrtums an.

Diese Anwendung zweier verschiedener Rechtsgrundsätze bei dem Irrtum im Bereich des Unrechtsausschlusses soll nun auch in das neue Strafgesetzbuch übernommen werden, denn der Entwurf der Großen Strafrechtskommission[1] will die Prüfungspflicht n i c h t als s u b j e k t i v e s Element des Unrechtsausschlusses in die Bestimmung über den übergesetzlichen Notstand aufnehmen, die Regelung des Irrtums soll -auf die Verbotsirrtumsregel abgestellt- vielmehr lauten:[2]

> "Hat der Täter irrig angenommen, die Tat sei wegen Notstands gerechtfertigt oder entschuldigt, so ist er nur dann straffrei, wenn er die Sachlage sorgfältig geprüft und die widerstreitenden Interessen gewissenhaft abgewogen hat oder wenn ihm eine solche Prüfung und Abwägung nach den Umständen nicht zuzumuten war. Hat der Täter die Pflicht zu einer solchen Prüfung und Abwägung verletzt, so kann die Strafe nach § x gemildert werden."

Daß dieser Kompromiß des neuen Strafgesetzbuches - daß nämlich bei dem Irrtum über die Notstandslage die Regeln des Verbotsirrtums gelten sollen, während in allen anderen Fällen des Unrechtsausschlusses ein Irrtum über einen negativen Tatumstand den Unrechtsausschluß zur Folge haben soll -

---

1) Vgl. Dreher ZStW 67/582 ff.
2) Falls eine gesetzliche Regelung überhaupt erfolgt. Die Große Strafrechtskommission hat sich in erster Linie gegen eine Regelung ausgesprochen, ZStW 67/592.

theoretisch und praktisch unhaltbar ist, ist Welzel[1] uneingeschränkt zuzugeben.

Nicht überzeugend ist aber das Argument Welzels, daß sich am übergesetzlichen Notstand - insbesondere am Staatsnotstand - die Unbrauchbarkeit der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zeige, weil die generelle Schuldlosigkeit des Putativnotstandes zu unmöglichen Ergebnissen führe. Durch die gesamte Literatur zum Staatsnotstand, so argumentiert Welzel, ziehe sich die Sorge um die Folgen, die die Anerkennung des Schuldausschlusses bei Putativnotstand haben würde.

Mit Recht bemerkt Arthur Kaufmann[2] gegen die Beweisführung Welzels, daß das praktische, erwünschte Ergebnis nicht auf Kosten der dogmatischen Richtigkeit gehen darf. Daraus, daß das Erfordernis der pflichtgemäßen Prüfung erst dann eine Rolle spielen kann, wenn die objektiven Voraussetzungen des negativen Tatbestandes nicht vorliegen, zeigt sich, daß die Verletzung der Prüfungspflicht ein Fahrlässigkeitsmoment[3] ist. Fahrlässigkeit liegt ja immer dann vor, wenn der Täter objektive Tatumstände, die nicht vorliegen, leichtfertig für vorhanden hält, wenn der Erfolg, auf dessen Eintritt er unbesorgt vertraut, sich nicht verwirklicht.

Wegen der dem positiven Tatbestand ebenbürtigen Bedeutung des negativen Tatbestandes kann für ihn nichts anderes gelten als für den positiven Tatbestand. Die Verletzung der Prüfungspflicht bei der Schwangerschaftsunterbrechung führt somit nicht zur Bejahung des Vorsatzes sondern zur Feststellung der Fahrlässigkeit. Wenn die so als fahrlässig erkannte Unterbrechung der Schwangerschaft strafwürdig erscheint, dann ist es Sache des G e s e t z g e b e r s, sie unter Strafe zu stellen, wie es im österreichischen Strafgesetzbuch geschehen ist (§ 357 a). Nicht ist es

---

1) Lehrbuch S. 141, vgl. auch ZStW 67/196(213).
2) JZ 56/393 f. Die folgende Beweisführung ist in vollem Umfang die Arthur Kaufmanns.
3) Ebenso Schröder, MDR 53/72 f.

Aufgabe der Rechtsprechung, "diese Lücke durch Umdeutung einer fahrlässigen Handlung in eine vorsätzliche" zu schließen[1], denn auch wo die Praxis rechtsschöpferisch tätig ist, "schöpft sie das vorhandene Recht aus, schafft kein neues".[2]

Die Erkenntnis, daß das Merkmal der pflichtgemäßen Prüfung als Element der Fahrlässigkeit für eine vorsätzliche Tat ohne Bedeutung ist,[3] läßt auch einen anderen Versuch, dieses Erfordernis dogmatisch zu rechtfertigen, schweitern. Dieser Versuch könnte darin bestehen, die Prüfungspflicht als eine der objektiven Bedingung der Strafbarkeit entsprechende o b j e k t i v e S t r a f l o s i g k e i t s b e d i n g u n g zu konstruieren. Damit würde das erstrebte Ergebnis erreicht, daß bei Verletzung der Prüfungspflicht, also bei leichtsinniger Annahme der nicht vorhandenen Notstandslage, die Vorsatzstrafe wegen der nicht vorhandenen objektiven Bedingung der Straflosigkeit n i c h t ausgeschlossen wäre.

Dieser Lösungsversuch kann aus mehreren Gründen nicht erfolgreich sein. Zunächst würde bei dieser Konstruktion ein Element, das wir als für die Fahrlässigkeit bedeutsam erkannt haben, aus dem Schuldzusammenhang herausgenommen und somit der Irrtum über ein für den Unrechtsgehalt der Tat wesentliches Merkmal (die Gefahr für das Rechtsgut) nicht - wie es die Schuldlehre erfordert - bei der Frage nach dem Vorsatz behandelt,[4] sondern es würde ihm ein Platz außerhalb der Straftat[5] zugewiesen. Weiter aber würde bei der als objektiver Straflosigkeitsvoraussetzung qualifizierten Prüfungspflicht ebenso wie bei der Konstruktion als subjektives Element des Unrechtsausschlusses die vom Ergebnis her unmögliche Folge eintreten, daß auch der Arzt, der bei vorhandener Gefahr in Rettungsabsicht die erforderliche Unterbrechung der Schwangerschaft vornimmt, aber der Prüfungspflicht

---

1) Arthur Kaufmann, JZ 56/393.
2) Lange JZ 53/12.
3) Es sei denn, man stellt auch für den Vorsatzausschluß beim Tatbestandsirrtum a l l g e m e i n auf die Vermeidbarkeit des Irrtums ab.
4) Beziehungsweise nach der Schuld, wenn man mit Welzel einen Verbotsirrtum annimmt.
5) -verstanden als rechtswidriges u.schuldhaftes Verhalten-

nicht mit Sorgfalt genügt hat, wegen vorsätzlicher Abtreibung zu bestrafen wäre, denn es würde ja nun eine objektive Bedingung der Straflosigkeit fehlen. Er würde also wegen vorsätzlicher Tat trotz ausgeschlossenen Unrechts bestraft. Es würde bei dieser Notkonstruktion die groteske Folge eintreten, daß der "Täter" einer rechtmäßigen und schuldlosen "Tat" wegen Vorsatzes zu bestrafen wäre.

Dieses Ergebnis zeigt, daß nicht nur beim übergesetzlichen Notstand sondern allgemein im Bereich des Unrechtsausschlusses die Konstruktion von objektiven Bedingungen der Straflosigkeit verfehlt ist. Objektive Merkmale aufzustellen, die aus der Kongruenz mit dem Vorsatz herausfallen, kann nur dann als zulässig angesehen werden, wenn das zu Gunsten des Täters erfolgt, also nur dann, wenn die objektiven Bedingungen den Kreis der unter den Tatbestand fallenden Handlungen einschränken, da sonst, wie wir gesehen haben, der Grundsatz verletzt wird, daß nur rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten bestraft werden darf.

Die objektiven Bedingungen stehen außerhalb des Tatbestandes. Weil sie n u r einschränkender Natur sein können, ist eine dem positiven und negativen Tatbestand entsprechende Konstruktion von objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und solchen der Straflosigkeit verfehlt. Objektive Bedingungen können nur die Möglichkeit, ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zu bestrafen, beseitigen, nicht aber die Möglichkeit, ein rechtmäßiges und schuldloses Verhalten zu bestrafen, begründen. Die Pflicht zur Prüfung der Sachlage und der Erforderlichkeit des angewandten Mittels kann also keine selbständige Bedeutung beanspruchen, ihre Verletzung führt lediglich zur Begründung der Fahrlässigkeit des Verhaltens.[1)]

---

1) Das völlig gleiche gilt für die Pflicht zur Prüfung der Sachlage bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Die Definition dieses Unrechtsausschließungsgrundes ist daher so, wie sie gegeben wurde, vollständig und bedarf keiner Ergänzung.

Nun hat Armin Kaufmann[1] gerade am Beispiel des übergesetzlichen Notstandes zu beweisen versucht, daß aus dem Irrtum über negative Tatumstände eine Fahrlässigkeit deshalb nicht begründet werden könne, weil der Täter in diesem Falle keine Prüfungspflicht verletze.[2] Insbesondere verletze der Täter nicht seine Pflicht zur Erfolgsvoraussicht, denn er sehe ja den Erfolg voraus, er wolle ihn sogar herbeiführen. Es liege hier also keine Fahrlässigkeit sondern eben Vorsatz vor.

Demgegenüber hat Arthur Kaufmann[3] mit Recht darauf hingewiesen, daß im Falle der irrtümlichen Annahme von negativen Tatumständen ein Unterschied zwischen dem tatsächlich eingetretenen und dem vorausgesehenen Erfolg sehr wohl besteht. Vorausgesehen hat der Täter eine Unterbrechung der Schwangerschaft wegen einer Gefahr für das Leben der Mutter, erfolgt aber ist die Unterbrechung einer gefahrlosen Schwangerschaft. Die nicht durch die Notstandsvoraussetzungen gerechtfertigte Schwangerschaftsunterbrechung ist der Erfolg, den vorauszusehen der Täter versäumt hat, denn unter Erfolg können nicht nur die im positiven Tatbestand fixierten typischen Merkmale des Unrechts sondern müssen alle seine Merkmale verstanden werden. Die Fahrlässigkeit des Täters kann sich also sehr wohl auf eine Pflicht zur Voraussicht des Erfolges, der der Täter nicht mit der nötigen Sorgfalt nachkam, beziehen.

Für den Fall der Schwangerschaftsunterbrechung kann aber eine Fahrlässigkeitsbestrafung nicht erfolgen, weil sie vom Gesetz nicht vorgesehen ist. Ob die fahrlässige Herbeiführung der Schwangerschaftsunterbrechung de lege ferenda unter Strafe zu stellen ist, kann hier dahingestellt bleiben.

Für den Unrechtsausschließungsgrund des übergesetzlichen Notstandes erweist sich die Formulierung der Großen Straf-

---

1) JZ 59/39 bei und in Anm.1o, vgl.auch Welzel ZStW 67/2o2
2) Im einzelnen siehe Armin Kaufmann aaO.
3) JZ 56/357.

rechtskommission[1] als geeignet, weil sie alle für den Unrechtsausschluß bedeutsamen Elemente enthält:

> "Wer eine Tat begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut[2] von sich oder einem anderen in einer den Umständen nach angemessenen Weise abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn das Rechtsgut, das er schützt, von wesentlich höherem Wert als das durch die Tat verletzte Rechtsgut ist."

C Die Ergebnisse der Untersuchung

X Der Unrechtstatbestand

In unseren Untersuchungen im Bereich des Tatbestandes konnten wir zunächst - ausgehend von der Unterscheidung der Irrtumslehre zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum - erkennen, daß trotz der Strukturverschlingung von Sein und Sollen im Unrechtstatbestand eine Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit möglich ist. Wir haben die Tatbestandsverwirklichung als die Unrechtsmaterie erkannt und von ihr die materielle Rechtswidrigkeit als das Unwerturteil der Rechtsordnung über diese Tatbestandsverwirklichung unterschieden. Da wir in der Unrechtsmaterie alle für die Rechtswidrigkeit bedeutsamen Elemente zusammengefaßt haben, ist für die Wertung dieses Objektes auch wirklich nur eine Wertung durch das Unwerturteil "rechtswidrig" übriggeblieben. Durch das Erkennen des sachlichen Unterschiedes zwischen Unrechtstatbestand und Rechtswidrigkeit konnten wir - als Nebenergebnis - die Richtigkeit der Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum feststellen.

In einer kurzen Auseinandersetzung mit der strengen Schuldtheorie haben wir dann den Unrechtstatbestand als den für Vorsatz und Irrtum bedeutsamen Tatbestandsbegriff erkannt,

---

1) Vgl.bei Dreher in ZStW 67/591.
2) Die Aufführung einzelner Rechtsgüter ist allerdings überflüssig.

indem wir - ausgehend von der Funktion des Tatbestandes, Beziehungsobjekt des Vorsatzes zu sein - aus dem normativen Schuldbegriff geschlossen haben, daß der Vorsatz dem Täter das Wissen um alle Elemente der Tat vermitteln muß, die ihm das Unrechtsbewußtsein verschaffen können, also um alle Elemente, die für die Rechtswidrigkeit der Tat von Bedeutung sind.

Da sich das Unrecht einer Tat - im Sinne der Interessenverletzung - nicht allein aus der Verwirklichung des Tattyps ergibt, sondern aus der konkreten Interessenlage, ist somit nicht nur der positive Tatbestand sondern auch der negative Tatbestand für die Rechtswidrigkeit von Bedeutung. Der Vorsatz muß sich folglich nicht nur auf die positiven sondern auch auf die negativen Elemente beziehen, also auf den Unrechtstatbestand.

Da sich aus der Verwirklichung des Unrechtstatbestandes notwendig die Beurteilung der Tat als rechtswidrig ergibt, konnten wir folgern, daß Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit eines Verhaltens zusammenfallen. Da für die Verwirklichung des Unrechtstatbestandes das Nichtvorliegen der Elemente des negativen Tatbestandes erforderlich ist, entfallt durch ihr Vorhandensein bereits der Unrechtstatbestand.[1] Weiter konnten wir folgern,

---

1) Damit ist der Deliktstyp aber nicht zur Bedeutungslosigkeit verurteilt, wie Welzel meint. Seine Bedeutung ist lediglich eingeschränkt. Sie ist nämlich dahingehend eingeschränkt, daß damit, daß der Täter den Deliktstyp verwirklicht, lediglich feststeht, daß ein strafrechtlich relevantes Verhalten vorliegt. Damit daß der Täter den Deliktstyp verwirklicht, steht aber noch nicht die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens fest, da wir als den maßgeblichen Tatbestandsbegriff des Unrechtstatbestand erkannt haben. Das ändert aber nichts daran, daß die Verwirklichung des Deliktstyps erkennen läßt, daß ein strafrechtlich relevantes Verhalten vorliegt. Das Töten einer Fliege und das Töten eines Menschen in Notwehr ist also nicht, wie Welzel (ZStW 67/210) behauptet, nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen gleichwertig. In beiden Fällen ist zwar nicht der Unrechtstatbestand erfüllt, das Töten der

daß der Gegenstand des Tatbestandsirrtums nicht nur der positive sondern auch der negative Tatbestand ist. Als Gegenstand des Verbotsirrtums haben wir die materielle Rechtswidrigkeit als Eigenschaft der Tatbestandsverwirklichung, als Unwerturteil der Rechtsordnung über die Tat erkannt. Daraus, daß der Vorsatz dem Täter das Wissen um alle Elemente, die für die Rechtswidrigkeit der Tat von Bedeutung sind, vermittelt, konnten wir schließen, daß er dem Täter ein potentielles Unrechtsbewußtsein verschafft.

Die Überprüfung des Unrechtstatbestandes am positiven Recht hat ergeben, daß der Unrechtstatbestand zwar nicht mit dem gesetzlichen Tatbestand im Sinne von § 59 StGB identisch ist, daß aber die Irrtumsregelung in dieser Vorschrift dem Vorsatzausschluß durch einen Irrtum im Bereich des negativen Tatbestandes nicht entgegensteht, daß vielmehr die Parallelität der beiden Irrtumsarten für eine gleiche Bewertung spricht.

XI Vorsatz und Irrtum im negativen Tatbestand

Eine allgemeine Untersuchung über Vorsatz und Irrtum hat zunächst zu dem Ergebnis geführt, daß Vorsatz (in Bezug auf die hier allein interessierende Wissensseite) dann vorliegt, wenn das Vorstellungsbild des Täters mit dem Tatbild insofern übereinstimmt, als beide von der Rechtsordnung als Verwirklichung des Unrechtstatbestandes bewertet werden. Wir haben für den positiven Tatbestand hieraus geschlossen, daß die positive Kenntnis aller konkreten Tatumstände für den Vorsatz erforderlich ist, daß andererseits die Unkenntnis eines Tatumstandes den Vorsatz ausschließt, also das Vorliegen des Tatbestandsirrtums begründet.

Bei normativen Tatumständen haben wir unter dieser Kenntnis

Fliege aber ist strafrechtlich ohne jede Bedeutung, das Töten des Menschen ist dagegen strafrechtlich relevant.

das Wissen um den laienhaften Parallelwert des konkreten normativen Tatumstandes verstanden und als Fall des Subsumtionsirrtums die Unkenntnis dieses Parallelwertes verstanden. Als den zweiten Fall des Verbotsirrtums haben wir das mangelnde Verstehen des abstrakten Tatbestandsmerkmals erkannt, denn hier irrt der Täter über den Inhalt des Strafgesetzes und damit über das Verbotensein (die formelle Rechtswidrigkeit) seines Verhaltens.

Als Kriterien der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum haben wir erkannt, daß jeder Irrtum über einen konkreten Tatumstand ein Tatbestandsirrtum ist, daß der Verbotsirrtum hingegen die Fälle des Irrtums über die materielle und über die formelle Rechtswidrigkeit (durch den Irrtum über ein abstraktes Tatbestandsmerkmal) umfaßt.

Im negativen Tatbestand sind wir unter Anwendung der traditionellen Lehre von Vorsatz und Irrtum zu Ergebnissen gekommen, die denen im positiven Tatbestand völlig e n t s p r e c h e n . Für den Vorsatz haben wir unter Berücksichtigung der negativen Natur der negativen Tatumstände gefunden, daß k e i n e Vorstellung vom Vorliegen e i n e s negativen Tatumstandes erforderlich ist, um den Vorsatz zu begründen. Für einen Tatbestandsirrtum im negativen Tatbestand ist andererseits erforderlich, daß sich der Täter das Vorliegen a l l e r negativen Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrunde p o s i t i v vorstellt, weil nur dann in seinem Vorstellungsbild die Verwirklichung des Unrechtstatbestandes nicht vorhanden ist.

Auch bei der Untersuchung des umgekehrten Irrtums sind wir im negativen Tatbestand zu Ergebnissen gekommen, die denen des positiven Tatbestandes genau entsprechen. Im positiven Tatbestand verlangt der umgekehrte Irrtum eine p o s i t i v e V o r s t e l l u n g vom Vorliegen a l l e r Tatumstände, im negativen Tatbestand ist k e i n e V o r s t e l l u n g vom Vorhandensein e i n e s Tatumstandes erforderlich. Aus der Unterscheidung zwischen dem umgekehrten Tatbestandsirrtum und dem umgekehrten Verbotsirrtum war es uns möglich, die genaue Grenze zwischen dem untauglichen Ver-

such und dem Wahnverbrechen zu bestimmen. Hierbei haben wir wiederum im positiven und negativen Tatbestand einander entsprechende Ergebnisse erzielt.

Die Überprüfung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen an den Problemen von Vorsatz und Irrtum hat so nicht nur ergeben, daß aus der Lehre von Vorsatz und Irrtum keinerlei Einwendungen gegen sie erhoben werden können, sie hat darüberhinaus die dogmatische Richtigkeit der Lehre erwiesen und weiterhin gezeigt, daß die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu gerechten Ergebnissen führt.

XII. Elemente in Unrechtsausschließungsgründen, die nicht Tatbestandsmerkmale sind.

Das Vorhandensein von Elementen, die nicht Tatbestandsmerkmale sind, in den besonderen Tatbeständen des Strafgesetzbuches, also in den positiven Tatbeständen, gab Anlaß zu einer Untersuchung der bedeutsamsten Unrechtsausschließungsgründe mit dem Ziele der Unterscheidung solcher etwa auch da vorhandener Elemente von den Tatbestandsmerkmalen.

1.) Prozeßvoraussetzungen und objektive Bedingung der Strafbarkeit

Bei dieser Untersuchung hat sich zunächst herausgestellt, daß rein prozessuale Vorschriften, etwa in Form von Prozeßhindernissen, in den Unrechtsausschließungsgründen nicht vorhanden sind. Auch objektive Bedingungen der Straflosigkeit konnten nicht gefunden werden. Eine solche Gegenüberstellung von objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und solchen der Straflosigkeit wäre auch dogmatisch nicht zu rechtfertigen. Sie könnte sich nicht auf die Aufgliederung des Tatbestandes in einen positiven und in einen negativen Teil berufen, weil objektive Bedingungen der Strafbarkeit als für die Rechtswidrigkeit der Tat bedeutungslos nicht Elemente des Unrechtstatbestandes sind. Auch eine entsprechende Behandlung durch eine solche Gegenüber-

stellung von objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und der Straflosigkeit ist unmöglich, denn die Funktion objektiver Bedingungen kann nur einschränkend sein. Eine objektive Bedingung der Straflosigkeit würde aber die Fälle der S t r a f l o s i g k e i t trotz eingetretenen Unrechtsausschlusses einschränken und so die Fälle der Strafbarkeit e r w e i t e r n. Gleichzeitig würde damit gegen den Grundsatz verstoßen, daß nur schuldhaftes Unrecht bestraft wird. Es läge eine mit unserer Rechtsauffassung unvereinbare Bestrafung rechtmäßigen Verhaltens vor. Dies wäre die Folge daraus, daß durch die objektive Bedingung der Straflosigkeit trotz des Unrechtsausschlusses die Strafe aus dem Grunde eintreten müßte, daß eine objektive Bedingung der Straflosigkeit fehlen würde.

2.) Subjektive Elemente des Unrechtsausschlusses

In keinem der untersuchten Unrechtsausschließungsgründe sind wir auf subjektive Voraussetzungen des Unrechtsausschlusses gestoßen, nachdem wir vorher bereits ein a l l g e m e i n e s subjektives Element des Unrechtsausschlusses in der Form der Absicht, zum sozial gebilligten Zweck zu handeln, als für den U n r e c h t s ausschluß wegen des Grundsatzes der o b j e k t i v e n R e c h t s w i d r i g k e i t irrelevant erkennen konnten. Aus dem gleichen Grundsatz folgt, daß subjektive Elemente des Unrechtsausschlusses ebenso wie solche der Unrechtsbegründung nur dann anerkannt werden könnten, wenn der Unrechtsausschluß (bzw. die Unrechtsbegründung) nicht allein aus objektiven Elementen zu rechtfertigen wäre. An dieser Stelle erhebt sich die hier nicht näher zu behandelnde Frage über die Möglichkeit einer Rückkehr zu einer rein objektiven Unrechtsbetrachtung auch im positiven Tatbestand.[1] Als k e i n subjektives Element des Unrechtsausschlusses konnte insbesondere die Prüfungspflicht über das Vorliegen der Gefahr und über die Angemessenheit des Mittels beim übergesetzlichen

1) Vgl.Nowakowski, ZStW 63/315 ff, Schröder, DRZ 56/69.

Notstand und die Pflicht zur Prüfung der Wahrheit der behaupteten Tatsachen bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen erkannt werden. In beiden Fällen begründet die Verletzung der Prüfungspflicht lediglich die Fahrlässigkeit des Verhaltens, läßt aber den Unrechtsausschluß hinsichtlich der vorsätzlichen Tat unberührt.

XIII Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei normativen Generalklauseln

Das schwierigste Problem bei der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im negativen Tatbestand tauchte bei der Erörterung normativer Tatbestandsmerkmale auf. Zunächst konnte gezeigt werden, daß das allgemeine Unterscheidungskriterium des Irrtums über einen konkreten Tatumstand oder über ein abstraktes Tatbestandsmerkmal mit Hilfe des Begriffes der Parallelwertung in der Laiensphäre auch hier generell die Abgrenzung ermöglicht: Erkennt der Täter die laienhafte Bedeutung des konkreten normativen Tatumstandes im sozialen Leben nicht, dann handelt er im Tatbestandsirrtum, legt er das abstrakte normative Tatbestandsmerkmal falsch aus, dann liegt ein Verbotsirrtum vor.

Die eigentliche Schwierigkeit taucht auch dann noch nicht auf, wenn die Rechtmäßigkeit des Unrechtsausschlusses selbst zum "Tatbestandsmerkmal" gemacht wird, wie wir es am Unrechtsausschließungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen in dem Beispiel Schaffsteins vorgefunden haben. Die Rechtmäßigkeit der Tat durch den Unrechtsausschluß ist ebensowenig Tatbestandsmerkmal des negativen Tatbestandes wie die Rechtswidrigkeit ein solches des positiven. In beiden Fällen handelt es sich um die Wertung des Objektes, um die Rechtswidrigkeit der Gesamttat, wie es für den positiven Tatbestand der Beschluß des Großen Strafsenates vom 18.3.1952 ausgesprochen hat. Das Problem ist also das gleiche wie im positiven Tatbestand.

Schwierig wird die Abgrenzung beider Irrtumsarten dann, wenn

zwar nicht die Rechtmäßigkeit der Tat zum Tatbestandsmerkmal gemacht wird, wenn aber e i n normatives Tatbestandsmerkmal so formuliert wird, daß es a n n ä h e r n d bereits die Rechtmäßigkeit der Gesamttat bedeutet (normative Generalklausel). Ein solcher Fall liegt vor, wenn der Tatbestand ein Element wie zum Beispiel "Berechtigung" (bei der Wahrnehmung "berechtigter" Interessen, wie sie das Reichsgericht verstand) enthält. Auch wenn sich diese Eigenschaft nicht auf die Gesamttat bezieht, so ist doch bei ihrem Vorliegen a n n ä h e r n d bereits über die Rechtmäßigkeit der Gesamttat entschieden, weil das Merkmal als normative Generalklausel für den Unrechtsausschluß von besonderer Bedeutung ist.

Dieses Problem, das im positiven und im negativen Tatbestand i n g l e i c h e r W e i s e auftaucht, wird in verschiedener Weise zu lösen versucht.

Die Vorsatztheorie behauptet, gestützt auf die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Objekt der Wertung und Wertung des Objektes, die U n m ö g l i c h k e i t dieser Unterscheidung, aber nicht ohne zu betonen, daß das Problem im positiven und im negativen Tatbestand in gleicher Weise besteht.

Welzel versucht den Konflikt[1] dadurch zu lösen, daß er derartige normative Generalklauseln als Rechtspflichtmerkmale bezeichnet, die nur für die Rechtswidrigkeit der Tat von Bedeutung sein sollen, denn sie beschreiben nach seiner Ansicht nicht die Tatbestandshandlung des Täters sondern nur die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens, sind also für ihn keine Tatbestandsmerkmale.

Die dritte Möglichkeit einer Lösung besteht darin, das normative Tatbestandsmerkmal in seine tatsächlichen Elemente aufzulösen und diese als Tatbestandsmerkmale anzusehen.[2] Der Bundesgerichtshof hat das zwar nicht getan[3], er hat

---

1) Im pos.Tatbestand, der neg.Tatbestand betrifft für ihn von vornherein nur die Rechtswidrigkeit.
2) Z.B. Schwarz, NJW 55/526 ff (528)
3) Vgl. BGHSt 2/333(336),400/403), 4/80(84 ff), 5/284(288), 310(311), 7/17 (20 f).

sich aber durch die von ihm häufig gewählte Ausdrucksweise des Irrtums über den "Sachverhalt" oder über die "tatsächlichen Voraussetzungen" eines Unrechtsausschließungsgrundes mindestens dem Verdacht ausgesetzt, bei dem Irrtum über einen normativen Tatumstand im Bereiche des Unrechtsausschlusses zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum zu unterscheiden und so die Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des negativen Tatbestandes fortzusetzen.[1)]

Die in dieser Arbeit für normative G e n e r a l k l a u s e l n vertretene Lösung besteht darin, daß diese n o r m a t i v e n G e n e r a l k l a u s e l n i n i h r e S t r u k t u r e l e m e n t e a u f g e l ö s t und diese als Tatbestandsmerkmale erkannt werden, wie wir es zum Beispiel bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen mit dem Merkmal der "Berechtigung" getan haben, indem wir es in 1) das Anerkanntsein des Interesses, 2) die Gleichwertigkeit des gewahrten gegenüber dem angegriffenen Rechtsgut und 3) die Inhaberschaft des Rechtsgutes oder die nahe Stellung zum Rechtsgutsträger aufgespalten haben. Auf diese Weise haben wir die Elemente als Tatbestandsmerkmale erkannt, die dem Urteil "Berechtigtsein" der Interessen zugrundeliegen, die die Strukturelemente der normativen Generalklausel sind, die das Urteil "berechtigt" tatbestandlich begründen, indem sie die sachlichen (nicht tatsächlichen) Grundlagen der Wertung aufzeigen. Damit sind als Objekt des Vorsatzes geeignete Tatbestandsmerkmale, nämlich die s a c h l i c h e r Strukturelemente des Unrechtstatbestandes gefunden, ohne daß auf die nur t a t s ä c h l i c h e n Voraussetzungen der Berechtigung des Interesses zurückgegangen worden ist.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entspricht in ihrem Ergebnis der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen und ist ohne sie dogmatisch nicht zu begründen. Es erscheint daher angebracht, daß sich der Bundesgerichtshof nun auch ausdrücklich zur dogmatischen Rechtfertigung seiner

---

1) Vgl. z.B. Armin Kaufmann JZ 55/4o, Hartung NJW 51/212.

Rechtsprechung zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen bekennt.

Die Tatsache, daß die Unrechtsausschließungsgründe zum Teil fehlerhaft, zum Teil gar nicht gesetzlich geregelt sind, und die daraus resultierende besondere Unklarheit darüber, welche Merkmale der Unrechtsausschließungsgründe als Tatbestandsmerkmale anzusehen sind, begründet die Forderung, a l l e Unrechtsausschließungsgründe positivrechtlich zu fixieren und hierbei normative Generalklauseln zu vermeiden, als Tatbestandsmerkmale vielmehr die s a c h l i c h e n S t r u k t u r e l e m e n t e des Unrechtsausschlusses festzuhalten. Solche Formulierungen sind in dieser Arbeit bei den für diese Untersuchung bedeutsamsten Unrechtsausschließungsgründen versucht worden. Aber auch soweit eine bisher bestehende Formulierung eines Unrechtsausschließungsgrundes fehlerhaft ist, hindert dies nicht, als Tatbestandsmerkmale die sachlichen Strukturelemente anzusehen, da dafür, welche Elemente Tatbestandsmerkmale sind, nicht unbedingt der Wortlaut des Gesetzes maßgeblich ist.

XIV Zusammenfassung des Ergebnisses in Leitsätzen

Das Ergebnis der Untersuchung läßt sich in folgenden Leitsätzen zusammenfassen:

1.) Tatbestand und Rechtswidrigkeit können unterschieden werden. Die Verwirklichung des Unrechtstatbestandes zieht aber das Unwerturteil "rechtswidrig" notwendig nach sich.

2.) Der für Vorsatz und Irrtum maßgebliche Tatbestand ist der Unrechtstatbestand, der aus positivem und negativem Tatbestand besteht. Bei Vorliegen der Tatumstände des negativen Tatbestandes entfällt der Unrechtstatbestand. Der Vorsatz vermittelt dem Täter ein potentielles Unrechtsbewußtsein.

3.) Tatbestandsirrtum ist der Irrtum über einen konkreten (positiven oder negativen) Tatumstand. Er umfaßt den Tatirrtum (bei deskriptiven Tatumständen) und den Subsumtions-

irrtum (bei normativen Tatumständen). Ein Subsumtionsirrtum liegt vor, wenn der Täter den laienhaften Parallelwert eines konkreten normativen Tatumstandes nicht erkennt.

4.) Verbotsirrtum ist der Irrtum über die materielle und die formelle Rechtswidrigkeit der Tat. Über die formelle Rechtswidrigkeit irrt auch der Täter, der ein abstraktes Tatbestandsmerkmal verkennt.

5.) Normative Generalklauseln sind nicht Tatbestandsmerkmale. Sie sind in ihre sachlichen (nicht tatsächlichen) Strukturelemente aufzulösen. Diese sind als Tatbestandsmerkmale anzusehen.

6.) Der Tatbestandsirrtum bei negativen Tatumständen besteht darin, daß der Täter irrtümlich alle Tatumstände eines Unrechtsausschließungsgrundes für vorhanden hält. Ein umgekehrter Irrtum im negativen Tatbestand liegt dann vor, wenn der Täter sich keine Vorstellung vom Vorliegen eines negativen Tatumstandes macht.

7.) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen führt zu Ergebnissen im negativen Tatbestand, die denen im positiven Tatbestand völlig entsprechen. Die Überprüfung der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen an den Problemen von Vorsatz und Irrtum beweist ihre dogmatische Richtigkeit und ihre Billigkeit in den Ergebnissen.

8.) Es gibt keine objektiven Bedingungen der Straflosigkeit, da objektive Bedingungen die Strafbarkeit nur einschränken, sie aber nicht erweitern können.

9.) Das Bewußtsein, rechtmäßig zu handeln, kann nicht allgemeines subjektives Element des Unrechtsausschlusses sein, ebensowenig wie das Unrechtsbewußtsein subjektives Unrechtselement ist.

1o.) Die Formulierungen einzelner Unrechtsausschließungsgründe sind fehlerhaft. Alle Unrechtsausschließungsgründe sind unter Vermeidung normativer Generalklauseln gesetzlich zu formulieren.

11.) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist nur durch die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen dogmatisch zu rechtfertigen.

Gedruckt vom Walhalla und Praetoria-Verlag, Regensburg
Abt. Rotaprintdrucke.